

HUKUM PIDANA DALAM PERSPEKTIF

SERI UNSUR-UNSUR PENYUSUN BANGUNAN NEGARA HUKUM

HUKUM PIDANA DALAM PERSPEKTIF

Editor:

**Agustinus Pohan
Topo Santoso
Martin Moerings**



Universiteit Leiden



university of
groningen



Hukum Pidana dalam Perspektif/ Editor: Agustinus Pohan, Topo Santoso, Martin Moerings. -Ed.1. -Denpasar: Pustaka Larasan; Jakarta: Universitas Indonesia, Universitas Leiden, Universitas Groningen, 2012

xii, 336 hlm. : ill. : 24x16 cm.
ISBN 978-979-3790-xx-x

Hukum pidana dalam perspektif

© 2012
All rights reserved

Kontributor:

Septa Candra, Jan Crijns, Paulus Hadisuprapto, Eddy O.S. Hiariej,
Constantijn Kelk, Joanne van der Leun, Martin Moerings, Siradj Okta,
Nella Sumika Putri, Taufik Rachman, Umi Rozah, Elfina L.Sahetapy,
Topo Santoso, Faizin Sulistio, Jeroen ten Voorde, Rusmilawati Windari

Editor:

Agustinus Pohan, Topo Santoso, Martin Moerings

Penerjemah:

...

Pracetak:

Tim PL

Edisi Pertama: 2012

Penerbit:

Pustaka Larasan

Jalan Tunggul Ametung IIIA/11B
Denpasar, Bali 80117
Telepon: +623612163433
Ponsel: +62817353433

Pos-el: pustaka_larasan@yahoo.co.id
Laman: www.pustaka-larasan.com

Bekerja sama dengan
Universitas Leiden
Universitas Groningen
Universitas Indonesia

PENGANTAR

Proyek “the Building Blocks for the Rule of Law” (Bahan-bahan pemikiran tentang Pengembangan Rule of Law/Negara Hukum) diprakarsai oleh Universitas Leiden dan Universitas Groningen dari Belanda, serta Universitas Indonesia. Proyek ini dimulai pada Januari 2009 dan sesuai jadual akan diakhiri pada September 2012. Keseluruhan rangkaian kegiatan dalam proyek ini terselenggara berkat dukungan finansial dari the Indonesia Facility, diimplementasikan oleh NL Agency, untuk dan atas nama Kementerian Belanda untuk Urusan Eropa dan Kerjasama Internasional (*Dutch Ministry of European Affairs and International Cooperation*).

Tujuan jangka panjang dari proyek ini adalah memperkuat ihtiar pengembangan negara hukum (*rule of law*) Indonesia, membantu Indonesia mengembangkan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) dan memajukan pembangunan ekonomi (*economic development*) dan keadilan sosial (*social justice*).

Sejak awal proyek dirancang rangkaian pelatihan terinci yang mencakup bidang-bidang telaahan hukum perburuhan, hukum pidana, hukum keperdataan dan studi sosio-legal. Sebagai perwujudan rencana tersebut antara Januari 2010 dan Juli 2011, tigabelas kursus yang mencakup bidang-bidang kajian di atas diselenggarakan di sejumlah lokasi berbeda di Indonesia. Kursus-kursus demikian melibatkan pengajar-pengajar hukum terkemuka, baik dari Universitas Leiden dan Groningen maupun dari fakultas-fakultas hukum di Indonesia. Peserta kursus adalah staf pengajar dari kurang lebih delapanpuluh fakultas hukum dari universitas-universitas di seluruh Indonesia. Proyek ini akan dituntaskan dengan penyelenggaraan konferensi internasional di Universitas Indonesia pada pertengahan 2012.

Rangkaian buku pegangan dengan judul ‘Building Blocks for the Rule of Law’ yang merupakan kumpulan tulisan dari para instruktur dari pihak Belanda dan Indonesia serta masukan-masukan berharga dari peserta kursus merupakan hasil konkret dari proyek tersebut di atas.

PENGANTAR EDITOR

Korupsi, *human trafficking* (perdagangan manusia), perdagangan narkotika dan obat-obatan terlarang, kejahatan terorganisir, adalah tema-tema yang juga disorot oleh hukum pidana. Namun apakah sorotan tersebut dilakukan dengan cara yang tepat? Maka pertanyaan pokoknya ialah apakah dengan dan melalui hukum pidana bentuk-bentuk kejahatan di atas dan yang lainnya dapat dikendalikan atau tepatnya diberantas: apakah hukum pidana merupakan sarana paling tepat? Sama pentingnya ialah pertanyaan apakah hukum pidana ketika berhadapan dengan persoalan-persoalan di atas mampu memberikan keadilan? Apakah hukum pidana sudah selaras dengan hak-hak asasi manusia dengan tuntutan Negara Hukum (*rule of law*)? Apakah peraturan perundang-undangan (hukum) pidana terang dan jelas, terutama bagi warga biasa yang diharapkan mematuhi peraturan yang termuat di dalamnya. Hal mana sama pentingnya bagi polisi, kejaksaan dan hakim (pidana) yang harus menerapkan peraturan perundang-undangan. Apakah perundang-undangan yang ada memenuhi prinsip kepastian hukum, dengan asas *lex certa*? Selanjutnya apakah kewenangan aparat Negara untuk mengimplementasikan dan menegakkan peraturan perundang-undangan sudah dirumuskan dengan jelas: cukup luas sehingga mereka masih dapat mengimplementasikan peraturan yang tercakup di dalamnya, namun sekaligus juga cukup sempit sehingga dapat mencegah penyalahgunaan dan menghasilkan pelanggaran terhadap sejumlah hak asasi manusia, seperti hak atas integritas badan, hak atas kepemilikan, hak atas privasi.

Perundang-undangan dalam dirinya sendiri tidaklah cukup. Bahkan bila lingkup kewenangan aparat penegak hukum dirumuskan secara jelas dan terang, penting untuk mencermati bagaimana mereka menggunakan dalam praktik: apakah mereka menerapkan peraturan perundang-undangan tanpa memandang perbedaan orang-perorang, tidak secara selektif, tanpa melakukan diskriminasi negatif maupun positif. Untuk yang terakhir terjadi tatkala pelanggar hukum dengan status sosial-ekonomi tinggi mendapatkan berbagai macam fasilitas yang tidak diberikan kepada pelaku tindak pidana dari kalangan masyarakat kebanyakan. Penegakan hukum tidak boleh dilakukan bersamaan dengan penyalahgunaan kekuasaan.

Hukum pidana adalah satu instrumen yang dampaknya jauh ke dalam kehidupan setiap orang yang bersentuhan dengannya. Karena itu satu prinsip penting bagi pendayagunaannya ialah bahwa baru akan

diberdayakan bilamana sarana-sarana lain yang tersedia sudah diupayakan dan tidak berhasil: hukum pidana sebagai upaya terakhir atau sebagai ultimum remedium. Hal ini tidak hanya berlaku dalam bidang pembuatan aturan substantif dan prosesuil, namun juga dalam bidang penjatuhan pidana: apakah tersedia sanksi-sanksi alternatif lainnya di luar hukum pidana yang dapat didayagunakan?

Pertanyaan-pertanyaan seperti di atas muncul dalam kursus-kursus yang diselenggarakan untuk pengajar-pengajar hukum pidana di Indonesia. Tujuannya adalah agar dengan dan melalui cara ini penyelenggara dapat menyumbangkan sesuatu bagi upaya peningkatan sistem pengajaran hukum maupun pengembangan pendekatan socio-legal terhadap hukum di Indonesia.

Pendekatan yang melandasi rangkaian kursus tersebut adalah hak asasi manusia dan perspektif komparatif (perbandingan hukum). Untuk yang terakhir dipilih perbandingan hukum Indonesia dengan perkembangan hukum pidana di Belanda. Landasan berpikirnya ialah ikatan sejarah antara Indonesia dengan Belanda yang pada derajat tertentu dapat memberikan sumbangan bagi perkembangan berlanjut gagasan dan perwujudan Negara hukum Indonesia.

Salah satu tujuan utama dari kursus-kursus yang disampaikan dalam dan untuk kelompok-kelompok kecil oleh pengajar dari Indonesia maupun Belanda, yang juga sekaligus juris maupun kriminolog, ialah pada akhirnya menghasilkan satu buku pegangan. Buku yang akan merupakan kompilasi tulisan-tulisan yang disumbangkan bukan hanya oleh para pengajar – yang juga pengajar hukum pidana – namun juga oleh para peserta kursus, para pengajar hukum pidana dan kriminolog Indonesia.

Buku yang ada dihadapan pembaca merupakan buah kerja keras dari mereka semua. Buku ini disusun ke dalam lima bagian. Pada bagian pertama dimuatkan tulisan-tulisan yang secara umum mengulas pemikiran tentang pengembangan prinsip-prinsip rule of law di dalam hukum pidana. Pada bagian kedua akan ditelaah tema-tema khusus hukum pidana materiil. Pada bagian selanjutnya, ketiga, perhatian akan diberikan kepada persoalan-persoalan hukum acara. Bagian keempat memuat tulisan-tulisan yang menyoal penjatuhan sanksi pidana dan efektivitas darinya. Pada bagian terakhir secara eksplisit akan dibahas alternatif apa saja yang tersedia di samping penyelesaian perkara melalui hukum pidana.

Kami berharap para pembaca buku ini, mahasiswa di fakultas hukum ataupun pemerhati hukum lainnya, akan terdorong untuk turut berpikir dan melibatkan diri dalam upaya berlanjut untuk mengembangkan hukum pidana yang tidak saja efektif namun lebih dari itu juga manusiawi.

Hukum pidana dalam perspektif

Di samping buku hukum pidana ini juga terbit buku-buku serupa yang secara khusus membahas perkembangan di bidang hukum keperdataan, notariat, hukum perburuhan dan pengembangan pendekatan studi socio-legal dalam hukum Indonesia. Bersamaan dengan itu juga akan diterbitkan buku yang memuat laporan akhir dari kursus-kursus yang diselenggarakan dalam kerangka *building block for the rule of law*.

Maret 2012
Agustinus Pohan
Topo Santoso
Martin Moerings

DAFTAR ISI

Pengantar ~ v

Pengantar Editor ~ vi

Singkatan ~ xi

BAGIAN 1 UMUM ~ 1

Hukum pidana dalam masyarakat pluralistik

Jeroen ten Voorde ~ 3

Pembatasan pernafisiran hakim terhadap perumusan tindak pidana yang tidak jelas melalui yurisprudensi

Nella Sumika Putri ~ 41

Tahapan kritikal dalam pengembangan sistem hukum pidana yang beradab

Constantijn Kelk ~ 59

Perdagangan manusia dan bentuk-bentuk penghisapan/penindasan lainnya setelah penetapan sebagai tindak pidana

Joanne van der Leun ~ 85

BAGIAN 2 SUBSTANSI HUKUM PIDANA ~ 101

Tindak pidana korupsi: Upaya pencegahan dan pemberantasan

Septa Candra ~ 103

Cybercrime: Masalah konsepsi dan penegakan hukumnya

Faizin Sulistio ~ 123

BAGIAN 3 PROSEDURAL HUKUM PIDANA

Kepentingan umum dalam mengesampingkan perkara pidana di Indonesia

Taufik Rachman ~ 141

Kesepakatan dengan saksi dalam peradilan pidana Belanda dan pelajaran yang mungkin dapat dipetik oleh Indonesia

Jan Crijns ~ 155

Perlindungan saksi di Indonesia: Tinjauan hukum pidana terhadap kedudukan *whistleblower*

Siradj Okta ~ 175

Pembuktian terbalik dalam pengembalian aset kejahatan korupsi
Eddy O.S Hiariej ~ 193

BAGIAN 4 HUKUMAN

Suatu tinjauan atas efektivitas pemidanaan
Topo Santoso ~ 209

Apakah pidana penjara efektif?
Martin Moerings ~ 223

BAGIAN 5 ALTERNATIF

Peradilan restoratif: Model alternatif perlindungan hukum anak dalam perspektif hukum nasional dan internasional
Paulus Hadisuprapto ~ 253

Perlindungan hukum terhadap anak dari kekerasan dalam keluarga di Indonesia dan Thailand: Kajian komparatif
Rusmilawati Windari ~ 267

Restorative justice dalam wujud diversi, kasus anak yang berkonflik dengan hukum
Elfina L. Sahetapy ~ 291

Konstruksi politik hukum mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana
Umi Rozah ~ 299

INDEKS ~ 335

TENTANG PENULIS ~ 341

SINGKATAN

ABH	Anak yang Berhadapan Dengan Hukum
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
APBN	Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara
BPK	Badan Pemeriksa Keuangan
BPKP	Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan
CRC	<i>Convention on the Rights of the Child</i>
CB	<i>Criminal based forfeiture</i>
CERD	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination</i>
KPAID	komite perlindungan anak daerah
KPAI	Komisi Perlindungan Anak Indonesia
KDRT	kekerasan dalam rumah tangga
KPK	Komisi Pemberantasan Korupsi
KUHP	Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
LAHA	Lembaga Advokasi Hak Anak
Lapas	Lembaga Pemasayakan
LPSK	Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban
Napza	Narkotika, alkohol, psikotropika, dan zat adiktif lainnya
NCB	<i>Non-conviction based forfeiture</i>
PBB	Perserikatan Bangsa-Bangsa
PPATK	Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan
PSAA	Panti Sosial Anak Asuhan
PSBR	Panti Sosial Bina Remaja
Rutan	Rumah tahanan
TIK	Teknologi Informasi dan komunikasi
UNCAC	<i>United Nations Convention Against Corruption</i>
WITSEC	<i>Witness Security</i>

BAGIAN 1

UMUM

HUKUM PIDANA DALAM MASYARAKAT PLURALISTIK

Jeroen ten Voorde

1. Pengantar

Akhir masa pemerintahan Orde Baru memunculkan harapan bahwa Indonesia akan berkembang menjadi negara hukum demokratis yang menghormati dan menjunjung tinggi *rule of law*. Dalam rangka mewujudkan hal tersebut telah diambil pelbagai langkah formal, antara lain, menambahkan Bab XA ke dalam konstitusi (UUD 1945) dan menandatangani instrumen hak asasi manusia internasional seperti Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR). Dengan itu semua Indonesia baik secara eksternal maupun internal mengikatkan diri untuk bertindak sejalan dengan (tuntutan) *rule of law*. Kewajiban serupa juga muncul berkenaan dengan (pengembangan dan penegakan) hukum pidana di Indonesia. Kewajiban yang disebut terakhir mencakup dua hal: pertama kewajiban untuk mengembangkan hukum pidana yang fungsional, dan kedua, kewajiban untuk memberikan jaminan (dan perlindungan) hak (dasar) kepada setiap orang, tanpa kecuali dan tanpa memandang perbedaan-perbedaan di antara mereka. Untuk mengukur dan menguji apakah negara memenuhi syarat-syarat yang dituntut *rule of law* dipergunakan tolok ukur prosedural, materiil dan institusional (Bedner, 2010). Di dalam tulisan ini akan dilakukan pengujian berdasarkan tolok ukur materiil (atau asas-asas(hukum) fundamental).

Seiring dengan ragamnya mewujudkan negara hukum demokratis, juga muncul tuntutan masyarakat lokal agar tradisi lokal Indonesia atau setidak-tidaknya tradisi setempat diakui dan dihormati. Kiranya Indonesia-pun dicirikan oleh keberagaman etnis, agama/keyakinan dan linguistik (bahasa) (Schefold, 1998). Perhatian terhadap kebhinekaan demikian dalam beberapa puluh tahun terakhir mengalami peningkatan pesat. Sebelumnya untuk jangka waktu lama, pemerintah pusat justru mempropagandakan kesatuan dan persatuan dalam lingkup Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) (Bell, 2001), yang ternyata juga masih dimaktubkan di dalam konstitusi (Pasal 1(1)). Reformasi kemudian

menempatkan kembali keberagaman etnis dan religi (agama/keyakinan) dilatar-depan. Perkembangan tersebut ternyata juga berdampak terhadap keberagaman hukum pidana. Terkesan bahwa perkembangan tersebut bertentangan dengan kecenderungan globalisasi yang digambarkan di atas. Penghormatan-pengakuan keberagaman juga dapat dirujuk dengan istilah lokalisasi. Kedua kecenderungan tersebut tidaklah unik Indonesia; gejala itu disebut sebagai glokalisasi (Harding, 2002; Thornberry, 1995). Globalisasi dan lokalisasi terjadi bersamaan dan saling terkait berkelindan. Penghormatan terhadap hak asasi berarti juga penghargaan atas kebhinekaan (pluralitas) dan pengakuan atas tradisi-tradisi lokal (Henley and Davidson, 2008). Beranjak dari konsep glokalisasi itulah, kita akan telaah perkembangan yang terjadi di dalam hukum pidana. Persoalan pokok di sini ialah bagaimana memahami kewajiban untuk memenuhi hak-hak dasar (manusia) dan menerjemahkannya ke dalam situasi lokal (setempat). Sekaligus hal ini melibatkan upaya memahami situasi-kondisi lokal dan mencari cara bagaimana (pendekatan dan instrumen) hak asasi manusia dapat berperan untuk memperbaiki (melindungi) situasi kelompok-kelompok masyarakat (minoritas) tertentu.

Tempat-kedudukan hukum pidana di dalam masyarakat pluralistik tidak serta merta jelas. Karena itu perlu ada penjelasan tentang itu, terutama karena meningkatnya tuntutan kelompok-kelompok minoritas di Indonesia untuk memberlakukan hukum pidana mereka sendiri. Persoalannya ialah dalam batas-batas mana kelompok minoritas akan diperbolehkan (atau dapat) mengembangkan hukum pidana mereka sendiri yang menyimpang dari hukum pidana nasional. Untuk menjawab pertanyaan ini, pertama-tama akan ditelaah terlebih dahulu ketentuan-ketentuan pidana apa yang sebenarnya hendak dibuat dan kedudukan KUHPidana dalam masyarakat pluriform (paragraf 2). Selanjutnya akan dibahas persoalan keberagaman seperti apakah yang dimungkinkan dan dibuka beranjak dari (instrumen-instrumen) hak-hak asasi manusia pada tataran nasional (dan internasional) (paragraf 3). Di dalam paragraf 4 akan diuraikan bagaimana glokalisasi mempengaruhi pemahaman terhadap hak asasi manusia dan dengan cara itu memaksa kita menelaah lebih cermat tidak saja hukum, namun juga pengejawantahannya. Beranjak dari situ kita akan melangkah masuk ke dalam ranah filsafat dan sejarah. Temuan-temuan dari tulisan ini akan dirangkum di dalam paragraf 5.

2. Pluralisasi/fragmentasi hukum pidana Indonesia

2.1. Latar belakang etnis, agama/keyakinan (religi) dan linguistik dan penetapan sebagai tindak pidana

Juga di dalam ranah hukum pidana kita dapat diskusikan pluriformitas masyarakat dan pengaruhnya pada hukum pidana. Secara umum kiranya

diterima bahwa di dalam kasus-kasus pidana konkret, hakim harus turut mempertimbangkan latarbelakang perbuatan dan pelaku. Sekalipun begitu tidak serta merta berarti bahwa dalam kasus-kasus konkret hal itu nyata dilakukan hakim. Dapat dibayangkan bahwa, dari sudut pandang objektif, dan dengan mempertimbangkan latar belakang etnis dan religi tertentu, seharusnya suatu perbuatan tertentu dapat dikategorikan sebagai tindak pidana dan bila diperbuat pelaku akan terkena sanksi. Namun hal tersebut tidak terjadi. Kendati demikian, sebaliknya juga mungkin terjadi. Bahwa sekalipun suatu perbuatan tertentu dinyatakan secara umum terlarang, penekanan pada latarbelakang etnis atau religi tertentu akan tetap berujung pada penetapan perbuatan yang sama secara khusus sebagai tindak pidana yang berdiri sendiri. Demikian, maka persoalan apakah sunat perempuan, yang secara umum dapat dicakupkan ke dalam rumusan tindak pidana penganiayaan, juga secara khusus harus dinyatakan sebagai tindak pidana yang berdiri sendiri. Munculnya perdebatan tentang hal ini menunjukkan pula bahwa kita berhadapan dengan persoalan yang tidak sepenuhnya berada dalam ranah hukum pidana, yakni berkaitan dengan kriteria penetapan perbuatan sebagai tindak pidana (bdgkan. Simester dan Von Hirsch, 2011),¹ namun yang sekaligus bernuansa politik(-filsafati), serta yang berkait berkelindan dengan persoalan di mana tempat kedudukan faktual dan yuridis dari kelompok-kelompok minoritas di dalam masyarakat.

2.2. Selintas sejarah perkembangan hukum pidana Indonesia²

Hukum pidana Indonesia bersumberkan pada: hukum adat, hukum agama (religi), dan hukum pidana kolonial. Baik hukum adat maupun hukum agama tidak membedakan antara hukum pidana dengan (bidang) hukum lainnya. Maka itu hanya ada hukum adat (*adat recht*) dan hukum agama (*religieus recht*). Namun secara perlahan, hukum pidana kolonial (Belanda) menjadi lebih penting. Sejak 1 januari 1918 apa yang disebut KUHPidana diberlakukan bagi semua orang yang berdiam di dalam wilayah kedaulatan negara Indonesia (Pasal 2). Kendati demikian, hukum adat dan hukum agama tetap berlaku di dalam sejumlah wilayah di dalam Hindia-Belanda.³ Hukum agama hanya diberlakukan untuk

- 1 Kriteria penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana seketika relevan bilamana pembuat undang-undang berwenang merumuskan suatu ketentuan pidana dan berhadapan dengan persoalan perbuatan mana yang seyoginya dinyatakan terlarang (dan diancam dengan pidana) dan mana yang tidak. Di dalam tulisan ini hanya persoalan pertama (kewenangan pembuat undang-undang) yang akan dibahas lebih lanjut.
- 2 Tinjauan umum ini pada pokoknya berangkat dari penelitian Haveman (2002, bab1). Untuk sumber-sumber lainnya perujukan dilakukan terhadap kepustakaan rujukan yang ia gunakan. Lihat juga Cribb, 2010, Lev, 1965.
- 3 Hukum adat (*adatrecht*) dalam bentuk yang utuh dan mandiri tidak ternyata ada. Hukum adat sebenarnya merupakan kumpulan norma yang sekalipun menunjukkan sejumlah

beberapa jenis perkara (keperdataan) saja. Perbedaan antara hukum adat dengan hukum pidana (yang diberlakukan oleh) penguasa kolonial dapat kita temukan, antara lain, dalam ranah hukum pidana materiil. Demikian, dikatakan bahwa asas *ne bis in idem* (Pasal 76 KUHP) tidak berlaku (Haveman, 2002: 18). Sekalipun hukum adat materiil kerap bersinggungan dan dalam banyak hal tumpang-tindih dengan hukum pidana kolonial, acapkali pula hukum adat tersebut memuat tindak pidana yang tidak ditemukan di dalam KUHP. Contohnya, rumusan sebagai tindak pidana perbuatan memutuskan pertunangan tanpa alasan, hubungan seks pranikah, pertunangan, dan aturan cara berpakaian (Haveman, 2002:27).

Setelah kemerdekaan Indonesia, KUHP tetap diberlakukan. Sekalipun KUHP berlaku dan menjangkau setiap orang yang di Indonesia bersalah melakukan tindak pidana, ternyata hukum adat pada tataran lokal tetap menjadi sumber hukum penting. Institusi peradilan negara dapat memilih memberlakukan KUHP atau hukum adat. Situasi ini muncul bilamana perbuatan tertentu yang dihadapkan pada hakim ternyata dirumuskan sebagai tindak pidana menurut KUHP maupun menurut hukum adat dan sepanjang dalam masyarakat (lokal), tempat mana perbuatan dilakukan, aturan tersebut tercakup ke dalam hukum yang hidup (*living law*). Dalam selang waktu tertentu, hukum adat di Indonesia kembali menjadi sumber hukum yang semakin penting. Untuk sebahagian hal ini dapat dijelaskan dengan merujuk pada pandangan bahwa hukum adat adalah hukum khas Indonesia, yakni dalam periode ketika pemerintah sibuk memperjuangkan kesatuan dan persatuan di dalam wujud Negara Kesatuan. Perkembangan ini memunculkan ragam diskusi, antara lain perihal seberapa jauh hukum adat dapat dijadikan rujukan mandiri bagi penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana. Beberapa tahun terakhir ini dapat kita tenggarai munculnya persoalan serupa berkenaan dengan hukum agama.⁴

2.3. Hukum pidana materiil

2.3.1. Tiga kategori konflik

Kiranya muncul ragam kategori konflik bilamana sekaligus berlaku hukum nasional dan hukum lokal (Limborgh, 2011): **1)** situasi di mana melakukan suatu perbuatan tertentu dinyatakan sebagai tindak

kesamaan, ternyata berbeda dari satu wilayah dengan wilayah lain. Karena itu pula sebenarnya dapat dipandang dan diakui sebagai hukum (yang berlaku) bagi kelompok minoritas tertentu. Pada saat sama, pelbagai kelompok minoritas menggunakan ragam jenis (varian) hukum adat. Hal serupa pada pokoknya berlaku bagi hukum agama (*religieus recht*), satu dan lain karena juga berkembang keragaman pandangan tentang bagaimana memberlakukan Sharia (hukum Islam) (Otto 2011).

4 Khususnya berkenaan dengan hukum penitensier lihat: Lindsey and Kingsley, 2008; Siregar, 2008-2009; Uddin, 2010.

pidana menurut hukum nasional, namun justru diperkenankan bahkan diwajibkan atau setidak-tidaknya ditenggang atas dasar hukum yang berlaku dalam wilayah tertentu atau dalam kelompok masyarakat etnis atau religius tertentu. Termasuk ke dalam kategori ini adalah delik-delik kultural (Siesling dan Ten Voorde, 2009; Van Broeck, 2011), **2)** situasi di mana melakukan perbuatan tertentu diancam dengan pidana baik berdasarkan KUHP maupun berdasarkan hukum adat atau hukum agama, dan sekaligus muncul risiko pemidanaan ganda, dan **3)** situasi di mana KUHP kurang cukup mempertimbangkan atau bahkan mengabaikannya norma-norma yang berlaku dalam kelompok masyarakat tertentu. Dari situasi yang disebut terakhir dapat muncul tuntutan agar di samping KUHP dirumuskan pula perbuatan tersebut sebagai tindak pidana sejalan dengan hukum adat atau hukum agama, atau untuk setidak-tidaknya menafsirkan ketentuan dalam KUHP tersebut beranjak dari norma-norma yang terkandung di dalam hukum adat dan/atau hukum agama. Di masa lalu banyak dilakukan eksperimen mengkombinasikan KUHP dengan hukum adat/hukum agama seperti disebut di atas (Haveman, 2002: 30-31). Dalam situasi satu dan tiga di atas dapat kita tenggarai adanya ketidaksetaraan antara hukum nasional dengan hukum adat dan/atau hukum agama. Untuk sebahagian hal itu dapat dijelaskan dengan merujuk pada dominasi pandangan – dari sudut pandang minoritas – (kebijakan pemberlakuan) hukum pidana yang ketat/kaku. Sebaliknya untuk kasus kedua, pemberlakuan hukum pidana yang sangat longgar. Selanjutnya kita akan menelaah kategori konflik ketiga.

2.3.2. Fragmentasi berlanjut dari hukum pidana materiil Indonesia

Hukum di Indonesia secara umum dalam beberapa puluh tahun terakhir terus mengalami fragmentasi. Di dalam konstitusi Indonesia yang diamandemen diberikan otonomi yang luas pada pemerintah tingkat lebih rendah. Perkembangan ini mendorong kemunculan perundang-undangan nasional yang mengakui dan melindungi hak-hak kelompok minoritas (Bedner and Van Huis, 2008; Bell, 2006) dan serta merta peraturan tingkat lokal yang menyimpang dari perundang-undangan nasional. Perkembangan demikian berimbang pula pada hukum pidana. Sekalipun hukum pidana Indonesia sejak lama sudah terfragmentasi, terlepas dari semangat dan kebijakan sentralisasi yang dahulu dicanangkan (Lev, 1965), fragmentasi tersebut sekarang ini terus mengalami peningkatan. Sekalipun harus dicermati di sini bahwa ternyata pemberian otonomi pada kelompok-kelompok minoritas, dalam ragam ranah hukum, tidak terlalu berhasil karena dalam praktiknya dibatasi dan dipasang oleh pembatasan yang termuat dalam perundang-undangan (nasional) (Bedner dan Van Huis, 2008).

Akan tetapi, setidak-tidaknya dalam ranah hukum pidana, pembatasan (dalam perundang-undangan) tidak banyak berarti: sejak konstitusi diadakan ternyata secara sungguh-sungguh telah dipertimbangkan kebijakan pemberlakuan hukum pidana lokal di ragam wilayah Indonesia, termasuk ke dalamnya Aceh dan sebagian Sulawesi (Lindsey dan Kingsley, 2008). Fenomena tumbuh-kembangnya hukum pidana regional dapat dijelaskan beranekaragam dari dua alasan. Pertama-tama kita harus menyadari bahwa hakim-hakim pidana Indonesia tampaknya tidak terlalu perduli pada KUHP dan memilih untuk lebih berpegang pada pandangan atau tafsiran mereka sendiri dan/atau membunyikan dan mengartikan ketentuan-ketentuan pidana (nasional) yang ada dari sudut pandang hukum adat. Di samping itu, pembiaran tumbuh-kembangnya ragam hukum pidana regional/lokal dapat diterangkan dari substansi muatannya. Khususnya masyarakat yang menginginkan penyelarasan hukum (formal) dengan Islam menuntut diberlakukannya ketentuan-ketentuan pidana yang dilandaskan pada Shariah. Perkembangan itu berjalan seiring dengan penetapan sebagai pidana sejumlah perbuatan yang berdasarkan hukum pidana (nasional) yang berlaku tidak diancam dengan pidana.⁵ Termasuk ke dalamnya perumusan sebagai tindak pidana perempuan tidak berkerudung/jilbab, judi, minum minuman beralkohol dan perilaku seksual tertentu antara laki-laki dan perempuan (Lindsey dan Kingsley, 2008; Siregar, 2008; Lindsey et al., 2007; Blackwood, 2007; Allen, 2007). Kiranya juga dapat dikatakan bahwa ketentuan-ketentuan (pidana) lokal tersebut merupakan bagian dari strategi untuk memberlakukan hukum pidana nasional berlandaskan nilai-nilai Islam (Allen, 2007; Blackwood, 2007).

Banyak muncul diskusi tentang perkembangan seperti digambarkan di atas. Beberapa penulis menyatakan bahwa hal itu merupakan bukti Indonesia sedang berkembang menjadi negara demokratis. Namun lainnya lebih skeptis dan menenggarai semakin dominannya pengaruh kelompok-kelompok Islam terhadap pembentukan perundang-undangan di Indonesia dan mencemaskan kemunculan Indonesia yang bersendikan nilai-nilai Islam (negara Islam) (Allen, 2007). Djamin (2011) mencermati kemungkinan pembatasan hak-hak konstitusional oleh pengembangan hukum pidana lokal serta pengenyampingan ketentuan-ketentuan dalam hukum pidana nasional yang sejatinya dimaksudkan untuk melindungi

5 Sekalipun demikian KUHP ternyata menetapkan sebagai tindak pidana perbuatan tertentu yang mengganggu ‘sesuatu pertemuan umum agama/keyakinan yang tidak terlarang, upacara agama’ (Pasal 175-176). Juga dinyatakan sebagai tindak pidana perbuatan yang ‘pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia’ (menghalangi orang untuk menjalankan kepercayaan/keyakinannya; Pasal 156a). Ketentuan-ketentuan itu dimaksudkan untuk melindungi pluralitas kehidupan kemasyarakatan. Tidak begitu jelas (bagi penulis) apakah ketentuan tersebut dalam praktiknya betul diberlakukan.

kebebasan (hak-hak dasar) konstitusional, seperti misalnya yang berkaitan dengan larangan diskriminasi dan jaminan kebebasan beragama. Kritikan di atas menunjukkan pula bahwa pemahaman lebih baik akan hukum internasional sebagai *building blocks* dari hukum pidana dalam masyarakat pluriform/pluralistik sedianya dapat membantu pakar-pakar hukum (pidana) Indonesia untuk dengan sungguh-sungguh mendiskusikan masa depan masyarakat Indonesia yang pluralistik.

3. Perlindungan terhadap kelompok minoritas dalam hukum (hak asasi manusia) internasional

3.1. Gambaran umum kelompok minoritas

3.1.1. Definisi

Di dalam paragraf ini akan diberikan sketsa dari hak-hak asasi manusia yang sejatinya memberikan perlindungan dan menjamin hak-hak minoritas. Untuk mendapatkan pemahaman utuh tentang ruang lingkup atau daya jangkau hak-hak asasi manusia tersebut, pertama-tama diperlukan gambaran pengertian kelompok minoritas. Namun demikian, ternyata tidak ada kesepahaman tentang makna istilah tersebut (Joseph, Schultz and Castan, 2004), hal mana untuk sebahagian berkaitan dengan kelenturan serta karakter dinamis dari perbedaan etnisitas, bahasa maupun religi (Tan dan Thio, 2005). Terlepas dari itu sebagai titik tolak, satu rumusan tentang kelompok minoritas dapat diberikan di sini: sekelompok (kecil) orang yang berdiam di dalam wilayah suatu negara, baik minoritas dari segi jumlah dan yang berada dalam posisi tidak dominan, yang dicirikan oleh karakteristik etnis, religius maupun bahasa yang membedakan kelompok ini dari masyarakat pada umumnya (majoritas) dan – eksplisit ataupun implisit – menunjukkan ikatan solidaritas antar anggota kelompok, bertujuan melindungi (melestarikan) budaya, tradisi, religi atau bahasa lokal mereka sendiri. Rumusan ini memuat elemen objektif maupun subjektif. Hal yang terakhir disebut niscaya karena setiap orang pada dasarnya harus bebas untuk mengasimilasikan dirinya ke dalam budaya dominan dan tidak boleh dipaksa untuk (terus) berbeda dari majoritas. Kendati begitu, unsur subjektif bukan unsur yang menentukan ada/tidaknya kelompok minoritas. Bahkan sejatinya juga tidak menentukan apakah kemudian terhadap suatu kelompok minoritas layak diberikan perlindungan sejalan dengan kesepakatan-kesepakatan internasional tentang itu. Bila itu terjadi, maka dampaknya bisa sangat buruk. Pihak yang berkuasa memiliki kekuasaan tanpa batas untuk menentukan nasib/masa depan kelompok minoritas tertentu (Verstichel, 2009:10).⁶

⁶ UN HRC, General Comment No. 23: The right of minorities (art. 27). CCPR/C/21/Rev.1. Add.5, 8 April 1994. par. 5.2. Lihat juga EHRM 27 April 2010, nr. 27138/04 (Ciubotaru/Moldavië) par 57.3.

3.1.2. Penjelasan tentang unsur-unsur definisi (kelompok minoritas)

Unsur-unsur objektif dari rumusan yang diberikan di atas berkenaan dengan *criterium numeric* (jumlah), posisi tidak dominan dalam (kehidupan penyelenggaraan) negara dan karakteristik etnis, religius atau linguistik. Harus dikatakan di sini bahwa kelompok minoritas baru dikatakan mengada hanya dalam relasi dengan keseluruhan masyarakat selebihnya. Dari sudut pandang ini dapat dikatakan bahwa di Indonesia, kelompok minoritas berdiam di wilayah dengan batas-batas yang kurang lebih jelas (Bell, 2001). Namun di dalam wilayah yang sama juga bermukim minoritas lainnya. Kelompok minoritas di suatu wilayah tertentu dalam tataran kehidupan negara (tingkat nasional atau lokal) bisa jadi justru masuk kelompok mayoritas, seperti misalnya kelompok Islam moderat di wilayah Nangroe Aceh Darussalam yang menerapkan ajaran Islam yang lebih radikal. Sebaliknya adapula kelompok yang dapat dikatakan betul minoritas dalam wilayah yang luas (masyarakat Kristen di dalam masyarakat Bali yang mayoritas memeluk agama Hindu). Untuk yang disebut terakhir kiranya posisi mereka sangat jelas: mereka layak mendapatkan dan menikmati perlindungan oleh Negara. Namun pada saat sama tidaklah jelas apakah mereka layak mendapatkan perlindungan dari atau oleh kelompok minoritas yang dominan dalam wilayah tertentu.

Makna dari posisi nondominan dari kelompok minoritas dapat ditetapkan dengan pelbagai cara. Karakter nondominan setidaknya harus terkait dengan etnisitas, religi (agama/keyakinan) dan bahasa. Bahwa ternyata secara ekonomis, suatu kelompok memiliki kedudukan dominan tidaklah relevan bagi penentuan kedudukan nondominan di bidang religius, budaya atau linguistik. Penetapan ada/tidaknya posisi tidak-dominan terutama harus dilihat dari kadar pengaruh kelompok (minoritas) ini terhadap kebijakan dan pembuatan undang-undang. Artinya tidak sepenuhnya harus digantungkan pada massa (jumlah). Di samping itu pula harus dicermati bahwa suatu kelompok tertentu dilihat dari sudut pandang masyarakat Negara dapat dikategorikan sebagai kelompok minoritas, sekalipun merupakan mayoritas dalam suatu wilayah tertentu. Kondisi demikian berlaku dalam banyak wilayah (regio) di Indonesia di mana masyarakat semakin terkotak-kotak secara tegas mengikuti ukuran perbedaan etnisitas. Alhasil dalam regio tertentu dapat kita tenggarai adanya kelompok minoritas tertentu yang menduduki posisi mayoritas. Bahkan juga hal ini tidak berpengaruh terhadap penentuan posisi nondominan; kelompok demikian tetap dapat dikategorikan sebagai kelompok minoritas (Verstichel, 2009: 24-27).

Criterium terakhir yang mencirikan kelompok minoritas adalah karakteristik etnis, religius dan linguistik khas yang berbeda atau menyim-

pang dari apa yang berlaku atau dianut di dalam mayoritas (masyarakat). Titik tolak yang dipergunakan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), yakni adanya criteria objektif yang harus dipergunakan dalam penentuan kelompok minoritas, juga di sini harus dianggap berlaku demi kepentingan perlindungan minoritas tersebut. Maka itu penentuan ada/tidaknya kelompok minoritas (dari segi etnisitas, religi atau linguistik) tidaklah (dapat) diserahkan pada negara pihak atau negara penandatangan perjanjian internasional. Ketentuan sama (kriteria objektif demikian) berlaku pula berkenaan dengan penentuan keanggotaan ke dalam kelompok minoritas (Thornberry, 1995: 23). Dalam banyak kasus tidaklah begitu sulit menentukan ada/tidaknya kelompok minoritas beranjak dari garis-garis pemisah etnisitas, religi ataupun linguistik. Kenyataan bahwa di dalam rumusan kelompok minoritas di atas dicakupkan ragam karakteristik tidak sekaligus berarti di setiap negara semua karakteristik tersebut akan sama pentingnya. Di beberapa negara, diskusi terfokus pada masyarakat yang terkelompok menurut garis-garis bahasa (Belgia), di tempat-tempat lain, titik tolaknya adalah perbedaan etnisitas dan religi (Inggris Raya). Kombinasi dari itu semua juga mungkin (Kanada). Kelompok minoritas tidak hanya ditentukan oleh satu karakteristik saja: terbuka pula kemungkinan bahwa karakteristik pembeda ditetapkan beranjak dari dua/lebih karakteristik dan dilakukan pilihan-pilihan strategis berkenaan dengan pemilihan karakteristik penentu eksistensi minoritas tersebut (May, 1992; Yang dan Ebaugh, 2002).

3.2. Perlindungan hak asasi dari kelompok minoritas

3.2.1. Jaminan hukum terhadap kelompok minoritas dalam UUD 1945⁷

Ketentuan tentang perlindungan hak asasi manusia (kelompok minoritas khususnya) di dalam Undang-Undang Dasar 1945 dapat kita kelompokkan ke dalam dua kategori: hak-hak dasar kelompok minoritas yang dapat diwujudkan (oleh) individual dan yang harus diwujudkan secara kolektif (Bell, 2001) Kategori pertama dapat dibedakan ke dalam hak-hak positif dan hak-hak negatif. Hak-hak negatif mensyaratkan Negara untuk tidak turut campur dalam kehidupan individu. Sedangkan hak-hak positif sebaliknya mensyaratkan negara campur-tangan secara aktif dalam kehidupan individu. Ke dalam hak-hak negatif tercakup kebebasan memeluk agama dan beribadat menurut agama/keyakinan yang dipilih (Pasal 28E (1)) dan larangan diskriminasi (Pasal 28I (2) dan Pasal 28D (1)). Sedangkan hak positif ialah ‘hak untuk mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan’ (Pasal 28H (2))

⁷ Tejemahan bahasa Inggris dari UUD 1945 diperoleh dari: www.embassyofindonesia.org/about/pdf/IndonesianConstitution.pdf.

Bell (2001: 800) berpandangan bahwa hak yang termuat di dalam Pasal 28I(3) sebenarnya juga merupakan hak individual satu dan lain karena harus dibaca dalam perkaitan (sistematis) dengan ketentuan Pasal 28I(2) yang jelas merupakan hak perseorangan. Kendati demikian ketentuan ayat (3) kiranya memuat hak yang ditujukan pada individu maupun kolektif, satu dan lain karena *addressat* ketentuan tersebut ialah perseorangan karena menyebut identitas maupun masyarakat tradisional.

Perlindungan yang tertuju pada identitas perseorangan kiranya tidak dibatasi oleh batasan geografis. Dalam kombinasi dengan kebebasan memilih tempat tinggal (Pasal 28E (1), perlindungan demikian memberi peluang bagi perseorangan untuk hidup mempertahankan tradisi masyarakatnya tidak saja di dalam namun juga di luar wilayah komunitas masyarakat yang bersangkutan. Ketentuan Pasal 28I(3) juga dapat dibaca sedemikian rupa sehingga mencakup perlindungan yang selayaknya diberikan kepada minoritas di dalam minoritas.

Ketentuan Pasal 18 sampai dengan 18B memberikan perlindungan kolektif terhadap kelompok minoritas. Ketentuan Pasal 18(5) menetapkan bahwa 'pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah (pusat)'. Pemerintahan daerah memiliki kewenangan legislatif untuk mewujudkan otonomi di atas (ayat (6)). Jelas dari ketentuan ini bahwa pemerintah daerah menikmati otonomi yang luas. Namun tidak jelas dalam bidang apa pemerintah daerah memiliki kewenangan legislatif. Pengaturan lebih lanjut perihal hubungan dan pembagian kewenangan antara pemerintahan pusat dan pemerintahan daerah, serta antara pemerintahan daerah satu sama lain dilakukan dengan memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah (Pasal 18A). Dengan kata lain, tidak saja kepada pemerintahan daerah diberikan otonomi yang luas, namun pemerintahan tersebut dapat mengejawantahkan otonomi tersebut dengan membuat aturan-aturan berlandaskan nilai-nilai adat-istiadat (etnik) maupun agama/religi mereka sendiri. Sekalipun pemberian dan pengakuan otonomi regional sebagaimana diwujudkan dalam kewenangan membuat perundang-undangan kerapkali justru memunculkan banyak masalah lain (Bell, 2001; Bedner dan Van Huis, 2008), hal ini tidak menghilangkan kesan bahwa sepanjang menyangkut hukum pidana, pemerintah daerah memiliki kewenangan penuh membuat ketentuan-ketentuan pidana. Di tempat-tempat di mana hukum adat masih merupakan hukum yang hidup, dan juga di tempat-tempat di mana ketaatan/kepatuhan terhadap norma-norma religius sangat ditekankan, muncul anggapan bahwa pemerintah daerah setempat berwenang merumuskan ketentuan pidana beranjak dari hukum adat atau hukum agama yang dianut masyarakat setempat.

Otonomi untuk menetapkan ketentuan pidana atas dasar hukum adat kiranya dilandaskan pada ketentuan Pasal 18B(1) (Bell, 2001). Ketentuan ini menetapkan bahwa negara ‘mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang’. Bagaimanapun juga ketentuan ini dimaknai, kiranya jelas bahwa pemerintah pusat yang menetapkan wilayah mana yang digolongkan sebagai khusus atau istimewa. Aceh dan Papua merupakan contoh konkret darinya. Ketentuan Pasal 18D(2) selanjutnya mensyaratkan bahwa negara ‘mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dengan undang-undang’. Kewenangan mengembangkan hukum pidana (adat) kiranya termasuk ke dalamnya.

Namun hal di atas kiranya tidak jelas dengan sendirinya: Negara dengan merujuk pada asas-asas negara kesatuan (Pasal 1(1) UUD 1945) kiranya dapat menetapkan bahwa hukum pidana (nasional) merupakan pengejewantahan dari negara kesatuan dan karena itu dikecualikan dari lingkup kewenangan legislatif pemerintahan daerah (yang dapat dibuat menyimpang). Pendekatan di atas banyak digunakan di negara-negara lain, tidak terkecuali di Indonesia. Ketentuan Pasal 103 KUHP menetapkan: ‘ketentuan dari delapan bab yang pertama dari Buku ini (Ketentuan Umum) berlaku juga terhadap perbuatan yang dapat dihukum menurut peraturan undang-undang lain, terkecuali ditentukan lain oleh undang-undang’. Undang-undang yang dimaksud adalah undang-undang yang dibuat pemerintah pusat; pemerintahan daerah tidak boleh menyimpangi ketentuan-ketentuan yang dimaktubkan dalam Buku 1. Bahwa dalam kenyataan hal itu terjadi dan dibiarkan memunculkan pertanyaan apakah ketentuan Pasal 103 KUHP sekarang ini tidak menjadi *‘dead letter law’* dan sebab itu harus dihapuskan, ataukah kemungkinan lain pemerintah pusat sebenarnya tidak banyak berbuat untuk menarik garis batas yang jelas (dalam rangka membatasi kewenangan pemerintahan daerah). Atau juga bahwa ketentuan Pasal 103 KUHP harus ditafsir secara terbatas dan tidak berlaku terhadap hukum yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 18B(2) UUD 1945. Hal terakhir sekalipun merupakan penjelasan yang lebih masuk akal akan memberikan kepada pemerintahan daerah kewenangan sangat luas (dalam pembuatan ketentuan pidana lokal) dan sekaligus menyulitkan ihtiar pengaturan dan penataan (ketentuan-ketentuan pidana) sebagaimana yang dapat dilakukan beranjak dari KUHPidana.

Tidak semua hak-hak konstitusional kelompok minoritas dirumuskan dengan sangat jelas. Ketidakjelasan demikian, pada satu pihak, membuka peluang bagi negara untuk membatasi pengejewantahan hak-hak konstitusional itu melalui pengaturan lebih lanjut. Pada lain pihak,

ketidak-jelasan yang sama memberikan kesempatan bagi pemerintahan daerah, sepanjang pemerintah pusat tidak turut campur, untuk bereksperimen. Ini kiranya yang terjadi berkaitan dengan pengembangan hukum pidana di tingkat lokal. Sekalipun pada satu pihak, tampaknya Undang-undang dasar dibaca sedemikian rupa sehingga tidak menutup peluang berkembangnya hukum pidana beranjak dari nilai-nilai yang terkandung dalam hukum adat (atau hukum agama), hal mana ditegaskan pula oleh praktik hukum pidana (Haveman, 2002), pada lain pihak, eksperimen demikian dapat dikatakan bersifat temporer. Selama dan sepanjang pemerintah pusat membiarkan penguasa lokal bertindak sendiri tidak muncul masalah. Sebaliknya seketika pemerintah pusat bereaksi dan bertindak, inisiatif lokal demikian dalam pengembangan hukum pidana lokal bisa segera terhenti. Seketika muncul pula pertanyaan apakah ada landasan hukum lainnya yang dapat mendukung pengembangan hukum pidana lokal. Persoalan lain yang terkait ialah bagaimana membatasi dan mengendalikan inisiatif lokal demikian. Sejauh ini tampaknya pemerintah pusat tidak pernah menggunakan kewenangan konsisionalnya untuk membatasi inisiatif pemerintahan daerah dalam pengembangan hukum pidana lokal.⁸ Selanjutnya persoalannya ialah apakah ada landasan yuridis lain yang dapat dipergunakan sebagai landasan untuk menyelaraskan ragam inisiatif lokal di atas.

3.2.2. Perlindungan hak minoritas dalam Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (Pasal 27)

Berkenaan dengan perlindungan kelompok minoritas, dapat dikatakan bahwa ketentuan Pasal 27 Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik merupakan pasal terpenting. Ketentuan ini menetapkan: '*In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language*'. Kiranya ketentuan Pasal 27 adalah satu-satunya pasal yang menyebutkan istilah minoritas, sedangkan ketentuan-ketentuan lainnya hanya secara implisit merujuk pada pengertian ini. Demikian kita dapat merujuk ketentuan Pasal 18 yang mengatur kebebasan beragama dan keyakinan.⁹ Juga di dalam ketentuan-ketentuan lain ditegaskan

8 Pada saat sama juga dapat dipertanyakan seberapa jauh pemerintah pusat dapat menggunakan kewenangan demikian. Apakah kelompok-kelompok minoritas juga harus diukur dari pemenuhan sudut pandang liberal tertentu, ataukah boleh dilakukan penyimpangan terhadapnya dan dicari *modus Vivendi* di mana apa yang disepakati adalah sekadar sejumlah aturan dasar? Lihat Parekh, 2000.

9 Ketentuan Pasal 18 dan 27 (juga) berkenaan dengan kelompok keagamaan minoritas (religious minorities) yang keterkaitannya satu sama lain tidak begitu jelas. De Jong (2000: 257) dalam konteks ini merujuk pada pemaknaan subjektif dari Pasal 27 terhadap kelompok keagamaan minoritas. Ternyata darinya dapat diturunkan bahwa pengakuan

pentingnya melindungi (hak-hak) kelompok minoritas.

Ketentuan Pasal 27 memuat hak atas identitas (untuk membentuk/mempertahankan identitas sendiri). Hak demikian harus diakui dan dihormati orang-orang lain. Tanpa adanya pengakuan dari orang sekitar, maka seseorang tidak akan mengetahui siapa dirinya (Taylor, 1994). Ketentuan Pasal 27 melindungi orang-per orang agar mereka dapat mengembangkan kepribadian (identitas diri) mereka. Dari itu harus pula diandaikan bahwa tidak seorangpun dapat memiliki dan mengembangkan identitas diri di luar kelompok yang kurang lebih memiliki pandangan hidup yang sama. Pada gilirannya batasan cakrawala nilai tersebut turut ditentukan oleh latarbelakang etnis, religius ataupun linguistik. Namun demikian, identitas bukanlah hal yang tidak bisa dan tidak pernah berubah. Juga cakrawala nilai yang melandasi identitas bukan hal yang statis. Ketentuan Pasal 27 mengakui hak untuk bersama-sama dengan orang lain yang tergabung dalam suatu kelompok tertentu menentukan/membentuk identitas (diri) dan/atau menentukan dengan cara bagaimana budaya, religi atau bahasa boleh berubah dan berkembang, tanpa tekanan dari luar (Thornberry, 1995: 21; De Jong, 2000: 261). Dengan cara itu pula digarisbawahi pentingnya kebebasan; bilamana perlindungan terutama diberikan hanya pada kelompok, hal itu jelas akan berpengaruh bahkan mengurangi kebebasan dan hak-hak individu (Meijknecht, 2001: 134). Namun pada saat sama rumusan ketentuan Pasal 27 menekankan pula pentingnya ikatan kelompok (De Jong, 2000: 255). Alhasil ketentuan tersebut memuat hak campuran (hybrida): untuk sebahagian hak individual untuk sebahagian lainnya hak kelompok (Thornberry, 1991: 173).

Negara dilarang untuk mengurangi atau mencabut hak seseorang yang termasuk ke dalam suatu kelompok minoritas untuk '*to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language*'. Di lihat dengan cara ini, dapat dikatakan bahwa ketentuan Pasal 27 memuat hak dasar yang bersifat negatif (Verstichel, 2009: 165). Kendati demikian, kita juga harus mempertimbangkan kemungkinan bahwa kelompok minoritas acap tidak mampu melakukan itu semua sendiri tanpa bantuan dari luar; hak yang termuat di dalam ketentuan Pasal 27 dimaksudkan untuk memungkinkan negara menopang/memberi bantuan pada kelompok minoritas, bila hal itu dirasakan perlu dan betul

bawa religi secara potensial merupakan faktor pengikat kelompok tersebut. Beberapa penulis lain menyatakan bahwa ketentuan Pasal 27 mewajibkan negara-negara penandatangan, lebih dari Pasal 18, untuk melakukan tindakan positif untuk melindungi kelompok-kelompok minoritas. Namun apakah demikian adanya masih diperdebatkan. Lebih tegas ialah hak, dirumuskan di dalam ketentuan Pasal 27 dan Pasal 18, yang tidak mengurangi dan memungkinkan diberikannya perlindungan terhadap minoritas di dalam minoritas. UN HRC General Comment No. 23; the right of minorities (Art. 27), CCPR/C/21/Rev.1/Add. 5, 8 april 1994, par. 8.

diinginkan kelompok yang bersangkutan. Ini terutama dapat terjadi di dalam negara di mana kelompok minoritas tersebut berada dalam posisi lemah: '*if the principle of survival of minority cultures and religion in the face of assimilationist pressure is to have a meaning, states should take measures to the extent necessary to ensure that the disadvantages of minority status do not result in the denial of the right. Protective state action will be required for as long as minority status persists*' (Thornberry, Amor and Estèbanez, 2004: 14) dan selama kelompok minoritas tidak mampu/berdaya untuk melestarikan-mempertahankan keberlangsungan budaya, religi dan bahasa mereka sendiri, namun tetap berdasarkan itu berkehendak untuk hidup dalam kelompok dimaksud. Ini juga berarti bahwa negara tidak perlu bertindak atau mengambil prakarsa bilamana '*a minority takes on its own initiative to preserve and strengthen its culture, religion, and language*'. Sebaliknya negara yang sama harus menawarkan dan memberikan bantuan jika kebutuhan untuk itu muncul (Thornberry, 1991: 185-186).¹⁰ Seberapa jauh bantuan harus diberikan dan bantuan konkret apa yang harus ditawarkan akan tergantung pada situasi-kondisi setempat.

Kendati demikian, pengejawantahan hak yang termaktub dalam ketentuan Pasal 27-pun terikat pada batasan-batasan tertentu.¹¹ Ini ternyata dari preamble kovenan yang menyatakan adanya kewajiban orang-perorang terhadap orang-perorang lain dan terhadap masyarakat ke dalam mana orang-perorang tersebut termasuk untuk mengakui dan memajukan semua hak-hak yang disebutkan di dalam kovenan ini. Ketentuan Pasal 5(1) menetapkan bahwa tiada ketentuan di dalam kovenan boleh dipergunakan untuk meniadakan atau membatasi hak-hak dan kebebasan yang disebutkan di dalam kovenan melebihi dari apa yang ditetapkan kovenan sendiri. Ketentuan ini ditujukan kepada negara, kelompok (masyarakat) atau individu. Dilihat secara umum, maka hak yang termaktub di dalam Pasal 27 tidak boleh disalahgunakan sedemikian rupa sehingga mengganggu kepentingan (meniadakan atau membatasi hak dan kebebasan) pihak-pihak lain, termasuk ke dalamnya minoritas di dalam minoritas (Thornberry, 1991: 205). Kiranya larangan demikian terutama tertuju pada kelompok-kelompok yang bertujuan menghapuskan negara hukum demokratis. Negara tidak boleh begitu saja bertindak

10 UN HRC General Comment No. 23: The right of minorities (Art. 27), CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, 8 april 1994, par. 6.1. yang sekaligus menegaskan bahwa kewajiban positif tersebut diperlukan sebagai reaksi terhadap tindakan (kebijakan) negara atau orang-orang lain. Kewajiban positif Negara untuk itu harus diwujudkan baik oleh kekuasaan legislatif, eksekutif maupun kekuasaan kehakiman (bdgkan, Pasal 14 Un Declararion on the Right of Persons Belonging to National, Ethnic, Religious and Linguistic Minorities). Pengakuan akan adanya hak positif negara seperti diuraikan di atas sangatlah penting. Indonesia harus menaati dan mewujudkannya (bdgkan Pasal 13 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional).

11 UN HRC, General Comment No. 23: The right of minorities (art. 27), CCPR/C/21/Rev.1/ Add.5, 8 april 1994, par. 8. Lihat juga Thornberry, 1991: 202-206.

melandan/menindas suatu kelompok tertentu; mereka seyogianya diberi kesempatan untuk menyatakan pandangan-pandangan mereka secara terbuka kehadapan publik. Hal inilah yang membuat mungkin tumbuh kembangnya pluriformitas pandangan hidup dan praktiknya. Di mana sebenarnya batasan pluriformitas yang dapat ditenggang di dalam masyarakat, namun demikian, tidak dapat ditetapkan dari awal: pendekatan yang lebih kaku berarti Negara akan lebih cepat bertindak membatasi ruang gerak minoritas (dalam mengungkap praktik dan pandangan hidup mereka kehadapan umum). Sebaliknya berlaku dalam hal Negara menganut pandangan yang lebih lentur. Nowak mengakui bahwa pembatasan hanya dimungkinkan bila berkenaan dengan tindakan (*to engage in any activity or perform any act*), dan tidak mungkin diterapkan terhadap pandangan (hidup). Selanjutnya ia menyatakan bahwa pembatasan demikian hanya dapat dikenakan terhadap sejumlah hak-hak tertentu saja (di dalam kovenan). Bilamana kelompok minoritas menyalahgunakan hak-hak yang diberikan kepadanya sebagai minoritas, maka bagaimanapun juga tidak boleh dikurangi atau dicabut hak anggota kelompok minoritas tersebut untuk mendapatkan proses peradilan yang baik (*fair trial*) atau untuk tidak didiskriminasi (*non-discrimination*) (Nowak, 1989: 107).

Menyatakan bahwa pelaksanaan hak-hak sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 27 boleh dibatasi, tidak sekaligus berbicara tentang luas lingkup pembatasan tersebut. Thornberry (1991: 205) menyatakan bahwa negara-negara yang berpandangan bahwa (pengakuan) hak-hak minoritas (akan) menyebabkan gangguan ketertiban dan kesusilaan umum, sekadar menyebut beberapa alasan pembatasan, mengingkari begitu saja kenyataan bahwa justru pemberian dan pengakuan hak (pada) kelompok minoritas membawa konsekuensi bahwa mereka akan merasa didengar dan sebab itu merasa menjadi bagian dari masyarakat negara tempat mereka berdiam. Dengan demikian, hak-hak yang diberikan pada minoritas pada analisis terakhir justru dapat meningkatkan ketertiban dan keamanan umum. Demikian, dapat dikatakan bahwa Gerakan Aceh Merdeka untuk memutuskan menghentikan perjuangan mereka untuk memisahkan diri muncul setelah mereka mendapatkan lebih banyak otonomi. Kiranya itu berarti tidak perlu ditambahkannya pembatasan ekstra terhadap bagaimana kelompok minoritas sedianya menikmati hak-hak mereka di bawah ketentuan Pasal 27. Pada saat sama juga mungkin terjadi bahwa praktik religius dan kultural tertentu (pernikahan anak di bawah umum, misalnya) mengancam sejumlah hak-hak dan kebebasan fundamental dari sekelompok orang lainnya (misalnya perempuan dan anak). Dalam kaitan ini, mungkin masuk akal dan dapat dipertanggungjawabkan kebijakan Negara untuk mengatur ketat bahkan lebih jauh lagi melarang praktik-praktik seperti itu. Alasan-alasan yang

disebutkan di dalam ketentuan Pasal 18(3) Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR) dapat kita jadikan rujukan untuk menentukan apakah dan bagaimana pengejawantahan hak-hak kelompok minoritas dapat dibatasi. Dari ketentuan ini dapat kita ketahui bahwa pembatasan dimaksud berkenaan dengan, pertama, alasan-alasan materiil (pembatasan demikian diperlukan/disyaratkan demi perlindungan keamanan-ketertiban umum, kesehatan masyarakat, kesusaiaan umum atau hak-hak serta kebebasan orang-orang lain¹², dan kedua, berkenaan dengan alasan formil, yakni bahwa pembatasan tersebut harus memiliki landasan hukum (perundang-undangan) yang jelas.

Juga dapat diajukan pertimbangan bahwa pelaksanaan praktik/ritual kultural tertentu di ruang publik akan dialami masyarakat umum sebagai gangguan atau pelanggaran kesusaiaan umum. Pandangan demikian, kendati begitu, tidak didukung oleh landasan ketentuan Pasal 27, yakni adanya jaminan ada dan boleh berkembangnya keberagaman budaya, religi maupun linguistik di dalam satu negara. Jaminan ini kita temukan pula di dalam *Universal Declaration on Cultural Diversity*. Ketentuan Pasal 2 berbunyi: '*In our increasingly diverse societies, it is essential to ensure harmonious interaction among people and groups with plural, varied and dynamic cultural identities as well as their willingness to live together. Policies for the inclusion and participation of all citizens are guarantees of social cohesion, the vitality of civil society and peace. Thus defined, cultural pluralism gives policy expression to the reality of cultural diversity. Indissociable from a democratic framework, cultural pluralism is conducive to cultural exchange and to the flourishing of creative capacities that sustain public life*'. PBB kiranya tidak tegas menjawab pertanyaan apakah kelompok minoritas harus pula menerima nilai-nilai yang melandasi demokrasi dan *rule of law*. Tampaknya dari kelompok minoritas hanya dituntut kesediaan untuk hidup bersama dan mengembangkan kehidupan dalam dinamika perkembangan budaya, religi dan bahasa. Persoalannya di sini ialah bagaimana titik tolak ini dapat menjadi rujukan untuk mengembangkan ketentuan-ketentuan pidana dalam/oleh kelompok minoritas. Satu hal kiranya patut diperhatikan: asas persamaan/kesetaraan (*gelijkheidsbeginsel*).

3.3. Asas kesetaraan (persamaan) sebagai batas bawah

Kita telah cermati di atas bahwa hak-hak kelompok minoritas bukanlah tidak terbatas. Berkenaan dengan itu, batas bawah dari pembatasan di atas dapat kita temukan dalam wujud hak-hak dan kebebasan fundamental dari orang-orang lain. Di dalam hukum pidana banyak dari ragam hak-hak serta prinsip-prinsip fundamental tersebut berperan penting.

12 Landasan demikian berfungsi sebagai batas bawah: Pasal 8(2) *UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National, Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*; Pasal 5 *Universal Declaration on Cultural Diversity*.

Kesemua itu dapat dikelompokkan ke dalam hak-hak prosedural, institusional dan materiil. Banyak dari hak-hak tersebut termuat di dalam Konvensi/Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR). Dapat disebut di sini sebagai contoh, ketentuan Pasal 14 dan 15, hak untuk mendapatkan proses peradilan yang adil (*fair trial*) dan asas legalitas. Namun juga hak-hak fundamental lainnya (Pasal 6, 7, 9, 10 dan 16) penting bagi hukum pidana. Pengaturan perihal penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana diatur dalam ketentuan Pasal 15 (asas legalitas), Pasal 2 dan 26 (asas kesetaraan/persamaan dan asas nondiskriminasi).¹³ Berkenaan dengan penetapan perbuatan sebagai tindak pidana berlaku syarat-syarat yang ditetapkan oleh asas legalitas, misalnya syarat *lex certa* yang menetapkan bahwa suatu delik harus dirumuskan dengan jelas/terang. Untuk telaahan perihal pemenuhan syarat-syarat demikian dalam kaitan dengan hukum adat patut dirujuk Haveman (2002).

Bagi hukum pidana, asas kesetaraan/persamaan merupakan titik tolak yang harus dianggap terberi. Hukum pidana yang tidak dilandaskan pada asas kesetaraan/persamaan, tidak akan pernah mengakui dan menjalankan proses yang adil, tidak mungkin akan melarang penyiksaan dan penjatuhan hukuman mati, akan membiarkan kesemena-menaan berlangsung dalam pelaksanaan/eksekusi sanksi-sanksi pidana, dstnya. Tanpa asas kesetaraan/persamaan, hukum pidana tidak dapat memenuhi syarat-syarat yang ditetapkan *rule of law*. Juga dalam hal penetapan/perumusan perbuatan sebagai tindak pidana, asas ini memainkan peran penting. Sejatinya hukum pidana berlaku terhadap siapapun dengan cara sama tanpa kecuali. Maka itu secara prinsipil dilarang membuat dan membolehkan perlakuan berbeda. Kalimat ini memunculkan penjelasan lebih lanjut. Apa yang dimaksud dengan perlakuan berbeda dan mengapa disebut secara prinsipil?

Untuk menjawab pertanyaan pertama dapat dirujuk ketentuan Pasal 1 *Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (CERD). Di dalamnya perlakuan berbeda (diskriminatif) dimengerti sebagai berikut: '*any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of*

13 Sebelumnya telah disinggung (par. 2.3.2) bahwa Djamin telah memperingatkan kemungkinan adanya diskriminasi yang dilakukan penguasa dan penguasa yang bersimpati pada kelompok minoritas. Fokus perhatian Djamin adalah pada penerimaan begitu mudah perundang-undangan yang bertentangan dengan hak-hak dasar, seperti kebebasan beragama dan kebebasan berserikat serta berkumpul. Dengan itu kiranya kita membenarkan begitu saja perlakuan istimewa yang diterima satu kelompok tertentu. Situasi demikian patut kita cemaskan karena perlakuan istimewa yang diberikan kepada suatu kelompok tertentu akan memunculkan banyak masalah lainnya, antara lain yang akan sangat merugikan posisi minoritas di dalam minoritas. Untuk menghindari situasi demikian, maka kiranya terhadap penguasa atau pemerintah pusat dituntut kesediaan untuk lebih menghargai asas kesetaraan dan bertindak sesuai dengan prinsip tersebut.

nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on equal footing, of human right and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life'. Dalam hal ini yang dianggap sebagai ketidaksetaraan (pembedaan/diskriminasi) dalam perlakuan bukan hanya mencakup pemberian perlakuan yang berbeda atau dalam bentuk pembatasan, namun juga tindakan mengistimewakan. Setiap perlakuan yang membeda-bedakan dengan demikian secara prinsip dianggap melawan hukum. Pada akhirnya dapat dikatakan bahwa di sini haruslah ada perlakuan membedakan, tanpa atau diluar adanya dengan maksud (kesengajaan) untuk membeda-bedakan. Hal ini harus digarisbawahi: negara-negara (dan kelompok-kelompok di dalam masyarakat) kiranya harus memiliki kesadaran akan pengaruh *yang mungkin muncul* dari perundang-undangan, kebijakan dan peradilan terhadap perlakuan yang akan diterima/diberikan pada perserorangan. Artinya fokus perhatian bukanlah hanya pada apa yang faktual telah terjadi. Itu semua membawa konsekuensi bahwa dalam proses perumusan ketentuan (pidana) perundang-undangan maupun pembentukan kebijakan (hukum pidana) dan peradilan (pidana) harus dipertimbangkan dengan sungguh-sungguh apa dampak itu semua terhadap orang-orang. Hak untuk diperlakukan setara (dihadapan hukum) tidak berarti bahwa semua orang harus mendapat perlakuan persis sama. ICCPR menunjukkan bahwa kadangkala harus dibuat dan diberi perlakuan berbeda terhadap orang yang berbeda pula.

Prinsip kesetaraan/persamaan dapat diwujudkan pada tataran formil maupun materiil. Kita akan berbicara tentang kesetaraan formil bilamana setiap orang, tanpa membeda-bedakan latarbelakangnya, mendapatkan perlakuan yang sama. Sebaliknya kita berbicara tentang kesetaraan materiil bilamana orang-perorang mendapatkan perlakuan yang sama sesuai dengan tingkatan kebutuhan atau kedudukannya. Interpretasi formil memandang manusia terutama sebagai subjek hukum, pengembangan hak dan kewajiban berdasarkan hukum, namun terlepas atau dilepaskan dari keragaman latarbelakangnya. Interpretasi materiil juga memandang manusia sebagai subjek hukum, namun sekaligus mengakui kekhasan setiap individu. Interpretasi yang disebut terakhir kiranya juga termaktubkan di dalam Undang-Undang Dasar 1945. Ketentuan Pasal 28H(2) menyatakan bahwa 'setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan (*equality*) dan keadilan (*fairness*)'. Berkenaan dengan kesetaraan materiil, kiranya fokusnya adalah pada perlindungan khusus yang diberikan pada manusia agar mereka mampu menikmati hak-hak yang sama seperti yang dinikmati manusia lainnya. Memberikan atau menawarkan perlindungan khusus, dalam kombinasi dengan ketentuan Pasal 27 Konvensi Internasional tentang

Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR) juga berarti merumuskan ketentuan pidana sedemikian rupa sehingga keberlakuan norma-norma yang dianut kelompok dapat dipaksakan berlakunya dan juga sekaligus memungkinkan anggota kelompok hidup selaras dengan norma-norma tersebut. Perlindungan khusus tersebut serta merta menegaskan bahwa ihwalnya di sini ialah perumusan ketentuan pidana yang memajukan '*equality and fairness*'. Penekanan pada kesetaraan/persamaan dan keadilan (*fairness*) menunjukkan bahwa kelompok minoritas dapat (akan memiliki hak untuk) merumuskan ketentuan pidana yang bertujuan melindungi/memajukan norma-norma suatu kelompok. Sekaligus disyaratkan bahwa ketentuan pidana tersebut harus ditujukan untuk mewujudkan kesetaraan/persamaan dan keadilan. Tujuan tersebut bisa saja dipahami dengan cara yang sangat terbatas – bilamana kelompok minoritas memiliki kemungkinan membuat ketentuan pidana, tujuan demikian tercapai – namun juga bisa jadi lebih luas. Dalam hal demikian, maka akan ditelaah muatan isi (substansi) dari ketentuan pidana dan dikaji seberapa jauh penetapan sebagai tindak pidana tersebut memajukan atau selaras dengan tujuan kesetaraan/persamaan dan keadilan tidak saja bagi semua anggota kelompok, namun juga bagi minoritas dalam suatu wilayah tertentu. Titik berangkat inilah yang harus kitajadikan acuan, terutama dengan mempertimbangkan kepentingan perlindungan minoritas dalam minoritas.

Maka itu bagaimanapun juga terbuka peluang untuk membeda-bedakan dan memberikan kepada kelompok (minoritas) tertentu ruang untuk menetapkan ketentuan pidananya sendiri, sepanjang hal itu memajukan kesetaraan/persamaan dan keadilan bagi siapapun yang masuk ke dalam ruang lingkup keberlakuan ketentuan pidana tersebut. Untuk itu pemerintah pusat dapat melakukan pengawasan terhadap substansi rumusan ketentuan pidana, yakni dengan tujuan memastikan apakah di dalam rumusan pidana tersebut kepentingan dan hak-hak pihak ketiga cukup mendapat perlindungan. Jaminan atau perlindungan tersebut terutama penting dalam konteks perlindungan perempuan dan kelompok rentan lainnya. Selanjutnya beranjak dari asas kesetaraan/persamaan perlu dipikirkan secara cermat (dan dengan cara demokratis) perilaku apa yang sebenarnya hendak diancamkan dengan pidana dan tatkala merumuskan ketentuan pidana tersebut secara sungguh-sungguh harus dipertimbangkan kepentingan berbeda-beda yang terkait dengannya. Tidak semua perbuatan yang berangkat dari sudut pandang religius tertentu dianggap amoral atau asusila dapat serta merta dirumuskan dan ditetapkan sebagai tindak pidana. Hal serupa juga dapat dikatakan tentang penetapan sebagai tindak pidana semua perbuatan yang bisa jadi berujung pada dihambatnya dan dikegangnya kebebasan berpendapat.

4. Multitafsir perlindungan kelompok minoritas

4.1. *Hukum dan praktik*

Di atas telah diberikan gambaran umum tentang bagaimana dan sejauh mana kelompok minoritas, beranak dari UUD 1945, seyogianya berhak mendapatkan perlindungan. Praktik, kendati begitu, memunculkan kenyataan yang jauh lebih kompleks (Bdgk. Bertrand, 2004; Hadi-prayitno, 2010). Indonesia, berkenaan dengan bagaimana kelompok minoritas senyatanya mendapatkan/tidak mendapatkan perlindungan yang seyogianya diterima dari negara, mendapatkan banyak kritikan.¹⁴ Implementasi yang buruk, keengganan dari pihak penguasa untuk melakukan tindakan konkret dalam rangka perlindungan hak asasi manusia, pengawasan buruk terhadap (penyelenggaraan) kekuasaan kehakiman khususnya berkenaan dengan penegakan hak asasi, merupakan sejumlah penjelasan yang diajukan menjawab pertanyaan mengapa Indonesia mengalami kesulitan memenuhi kewajiban internasional-nya di bawah sejumlah instrumen-instrumen hak asasi internasional.

Namun juga ternyata tidak jelas di mana kedudukan Indonesia atau apa sikapnya terhadap perlindungan kelompok minoritas. Indonesia menggambarkan diri, pada satu pihak, sebagai negara bangsa (*nation-state/natiestaat*). Namun pada lain, pihak kerap juga memunculkan diri sebagai imperium yang mendorong dan memajukan keberagaman dan perbedaan etnis/religius. Ambiguitas demikian menyulitkan perumusan sikap tegas bagaimana harus berhadapan dan memperlakukan kelompok minoritas. Untuk memahami itu semua, di bawah ini akan dilakukan telaah filosifis.

4.2. *Pembagian rezim politik menurut Walzer dan perlakuan terhadap minoritas*

4.2.1. *Pengantar*

Perjanjian-perjanjian internasional yang ada menetapkan standar perilaku yang harus dipenuhi negara berhadapan dengan kelompok minoritas. Namun bagaimana tepatnya hak-hak dari minoritas tersebut harus dilindungi sangat tergantung pada penafsiran yang diberikan terhadap kewajiban internasional negara tersebut. Di samping itu bagaimana penafsiran dilakukan untuk bagian terbesar dipengaruhi tradisi yang berlaku di dalam negara. Untuk dapat memahami pengaruh tradisi demikian, maka diidentifikasi sejumlah arah pemikiran dengan menggunakan klasifikasi yang dikembangkan filsuf Jerman, Walzer (1997).

¹⁴ Bdgr. Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, A/HRC/10/8/Add.1, 16 Februari 2009, hlm. 16-20; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 71e sessie, CERC/C/IDN/CO/3, 15 Augustus 2007; General Assembly, 62e sessie, A/62/2/218, 10 Augustus 2007, hlm. 4.

Walzer membedakan lima rezim politik yang memengaruhi sikap atau carap pandang negara terhadap minoritas. Namun hanya tiga yang akan dibahas di sini: imperium multinasional, negara-bangsa (*nation-state*), dan masyarakat imigran (*immigratiesamenleving*). Tidak semua dari rezim yang disebutkan di atas relevan bagi Indonesia dan juga, penggambaran rezim-rezim yang ada di sini tidak dimaksudkan untuk mengarahkan Indonesia untuk mengadopsi salah satu rezim yang ada. Uraian yang diberikan hanya ditujukan untuk memudahkan kita memahami dan menempatkan dalam perspektif peluang dan cara negara melindungi kelompok minoritas. Itu semua memudahkan kita menempatkan dan memahami perkembangan yang terjadi.

4.2.2. Imperia multinasional

Imperia multinasional merupakan rezim tertua yang kita kenal. Di dalamnya tersedia ruang bagi kelompok-kelompok minoritas. Imperium (yang kerap besar/luas) demikian dicirikan oleh adanya ragam kelompok-kelompok masyarakat menurut garis-garis pembeda etnis, religius dan linguistik yang masing-masing menikmati otonomi cukup luas di dalam lingkup wilayah kekuasaan imperium di maksud. Model ini, antara lain juga menunjukkan paralel dengan sistem millet yang dikembangkan di bawah imperium (kesultanan) Ottoman Turki, dan di masa lalu digambarkan sebagai *cara terbaik atau ideal* untuk memperlakukan kelompok minoritas (Forst, 1997).

Pemerintahan pusat diselenggarakan oleh aparat birokrasi yang dalam garis besar tidak memiliki perhatian (secara substansial) terhadap ragam dan keberagaman masyarakat, namun lebih mementingkan upaya menjaga ketertiban-keamanan dalam wilayah kekuasaan imperia serta menarik pajak yang diperlukan untuk membiayai aparat birokrasi pemerintahan pusat. Betul bahwa penguasa pusat mengembangkan satu sistem hukum yang seragam untuk diberlakukan, di luar lingkup masyarakat otonom, terhadap siapapun dan yang (cenderung) mengistimewakan kelas penguasa (kelompok elite, seperti juga yang terjadi dalam masyarakat kolonial). Pada saat sama, sistem hukum ini memberikan keleluasan pada masyarakat-masyarakat otonom untuk mengatur dan menata kehidupan masyarakatnya sendiri. Terkadang mencakup pula kewenangan untuk membentuk peraturan perundang-undangan dan menyelenggarakan peradilan sendiri, bahkan juga di dalam bidang hukum pidana. Penguasa pusat kerap tidak memiliki kepedulian terhadap kepentingan dan hak-hak individual dari para kaula (belum ada dan dikenal konsep kewarganegaraan). Sebaliknya mereka lebih terfokus pada kelompok (masyarakat) otonom yang hidup dan berdiam di dalam wilayah kekuasaan imperia. Dengan cara itu, mereka dapat menindas

anggota-anggota masyarakat demikian serta mencegah perkembangan pandangan-pandangan moral kemasyarakatan (yang mengancam kelangsungan imperia) (Parekh, 2000: 205-206). Birokrasi pemerintahan pusat justru mendorong pembekuan perkembangan hukum dan budaya (masyarakat). Demikian, maka di Hindia Belanda pada zaman dahulu dikembangkan gagasan adat yang sekaligus menafikan perkembangan dan perubahan dari adat, hal mana menurut beberapa penulis '*resulted (...) in its decline as a form of living law*' (Harding, 2002: 42).

4.2.3. Negara-bangsa

Segara setelah Indonesia menyatakan kemerdekaannya diberlakukan Undang-Undang Dasar yang menyatakan bahwa Indonesia adalah negara-bangsa. Dengan ini dimaksud bahwa negara Indonesia mengidentifikasi dirinya dengan sekelompok orang yang memiliki budaya serta religi tertentu (dengan ciri-ciri sama) serta dengan satu bahasa pemersatu. Di dalam Undang-Undang Dasar dorongan ke arah penyeragaman (unifikasi) dari semua warga terejawantahkan di dalam Pancasila, lima sila dasar yang melandasi pembentukan Negara Kesatuan Republik Indonesia (Weatherbee, 1985; Morfit, 1981). Satu hal yang mencirikan negara-bangsa ialah, juga muncul dalam interpretasi yang diberikan oleh Indonesia pada konsep negara-bangsa, bahwa negara tidak berdiri netral terhadap budaya: aparat negara justru bertujuan mengembangkan nilai-nilai (budaya) nasional dan menyampaikan (menginternalisasikannya) pada masyarakat. Dalam demokrasi, ikhtiar tersebut dilakukan dengan mendayagunakan media negara, pendidikan yang pembiayaannya ditanggung negara dan prakarsa pengembangan satu politik budaya (nasional) yang bersifat aktif. Sebaliknya dalam negara diktatur, semua itu acapkali diselenggarakan oleh militer. Untuk jangka waktu yang cukup lama, hal demikian dapat kita tenggarai terjadi pula di Indonesia (Honna, 1999).

Di dalam negara-bangsa demokratis adalah mungkin mengembangkan toleransi terhadap kelompok minoritas. Toleransi tersebut tidak terutama tertuju pada individu. Di sini orang-perorang muncul sebagai warga-negara dan yang keanggotaannya dalam kelompok etnis, religius atau linguistik tertentu tidak dihalangi atau dibatasi dan bahkan juga di ranah publik tidak didorong. Di dalam negara-bangsa demokratis dapat dibedakan tegas antara ranah privat dengan ranah publik. Hal mana berkaitan dengan religi (agama atau sistem keyakinan) dibayangkan sebagai pemisahan antara urusan keagamaan dengan urusan negara. Hukum pidana dalam suatu negara-bangsa dapat didayagunakan untuk melindungi simbol-simbol negara, dan menegaskan dan memaksakan pemisahan urusan negara (publik) dengan urusan keyakinan/agama (privat) (Bdgkan Pasal 530 KUHP).

Budaya (kelompok) mayoritas dapat mempengaruhi budaya minoritas. Namun sebaliknya tidak mungkin terjadi (bdgkan Bell, 2001a: 28-30). Ketidakseimbangan posisi demikian memaksa kelompok minoritas untuk secara sadar berpikir tentang bagaimana mempertahankan, mengembangkan bahkan mengubah norma-norma yang berlaku dalam kelompok. Di dalam diskusi yang terjadi terbuka peluang kelompok minoritas tersebut kemudian mengubah atau membuang nilai-nilai yang dianggapnya tidak demokratis. Bisa juga terjadi perdebatan yang ada berujung pada peniadaan kelompok masyarakat sebagai masyarakat, karena yang dipertanyakan ialah norma-norma dasar yang mengikat masyarakat (anggota kelompok satu sama lain dalam kelompok). Pada lain pihak, Walzer juga menyatakan (1997: 28) bahwa kelompok minoritas yang berada di bawah tekanan akan fokus pada apa yang sebenarnya penting bagi mereka. Tekanan demikian kiranya dapat merevitalisasi kehidupan kelompok minoritas.

4.2.4. Masyarakat imigran

Masyarakat imigran adalah masyarakat yang anggotanya untuk sebagian terbesar berasal dari (atau merupakan keturunan) imigran (pendatang). Satu ciri dari masyarakat imigran ialah bahwa kelompok-kelompok pendatang tidak berbentuk satuan-satuan tetap yang tidak berubah. Namun sebaliknya justru terdiri dari asosiasi sukarela sekelompok orang di mana religi atau kultur yang dialami/dihayati dan diinterpretasikan orang-perorang menempati posisi sentral. Ini berarti pula bahwa anggota satuan-satuan masyarakat tersebut satu persatu secara asosiatif berdiri bebas terhadap budaya negara asal mereka, dan selektif memilih dan mengembangkan unsur-unsur budaya yang hendak dipertahankan, atau dibuang dan dibiarkan lenyap. Negara tidak mengasosiasikan diri dengan salah satu kelompok pendatang (migran). Maka itu pula negara berkedudukan netral dan karena itu juga berdiri bebas (otonom) terhadap pengelompokan yang ada. Kendati demikian, bangunan institusional dari negara dan bahasa resmi yang dipergunakan diambil atau dikembangkan terutama dari kelompok pendatang (koloni) pertama. Terpikirkan di sini Australia.

Para imigran (pendatang) oleh Negara terutama dipandang sebagai warga-negara, bukan sebagai anggota kelompok. Serupa dengan yang terjadi dalam negara-bangsa, fokus utama negara adalah pada individu, bukan pada kelompok. Di dalam ruang publik terbuka dan tersedia tempat bagi pandangan kelompok-kelompok tertentu untuk diungkap dan diejewantahkan. Namun sebaliknya negara menjaga agar ruang publik tersebut tidak didominasi oleh suara atau pandangan satu kelompok tertentu saja. Negara tidak turut campur tangan dalam pengembangan

budaya publik, namun sebaliknya menjaga budaya politik. Negara menenggang dan mendorong keragaman publik. Ini terutama dilakukan melalui pemberian subsidi kepada organisasi-organisasi minoritas dan lembaga-lembaga yang memajukan dan mendorong keberagaman kultur. Selain itu perhatian diberikan pula pada pengembangan pola pendidikan-kebudayaan yang menghormati dan mendorong keberagaman. Kendati demikian, tidak berarti bahwa di dalam masyarakat pendatang toleransi terhadap kebebasan mengungkap pandangan budaya dan religi yang begitu beragam adalah tanpa batas: karena negara memperlakukan para migran terutama sebagai warga-negara, dan warga-negara harus mendapat perlakuan sama (dihadapan hukum dan pemerintahan), maka negara akan bertindak melawan perilaku – dilandaskan pada pandangan religius atau budaya tertentu – yang melanggar atau bertabrakan dengan hak-hak dasar yang sejatinya diberikan kepada setiap warga (Bovens, 2003: 147). Di dalam hukum pidana, dengan demikian, tidak disediakan ruang bagi perilaku yang melanggar hak-hak fundamental warga lainnya. Pada lain pihak, ketentuan pidana yang merugikan kelompok minoritas (seperti larangan pemotongan hewan mengikuti aturan agama tertentu), tanpa sekaligus melanggar hak asasi manusia, akan dihapus atau ditafsirkan dengan cara yang sangat terbatas.

Selintas dapat dikatakan bahwa bagi Indonesia gagasan masyarakat imigran sama sekali tidak relevan. Namun pengembangan konsepsional darinya bisa jadi sangat bermanfaat. Penekanan pada hak-hak yang sejatinya diberikan kepada dan dinikmati oleh warga-negara, serta pada ruang publik pluriform di mana sebanyak mungkin kelompok minoritas dapat mengungkapkan diri dan di mana tugas negara hanyalah menjaga agar ketertiban umum tidak dilanggar serta memajukan toleransi serta pengembangan pluriformitas, kiranya dapat menjadi inspirasi untuk mengembangkan kebijakan politik yang peduli dan menganggap serius kelompok-kelompok minoritas. Pada lain pihak, pertanyaan yang muncul ialah apakah kelompok-kelompok minoritas akan puas dengan perlindungan (negara) yang begitu longgar terhadap keberagaman. Perlindungan yang menuntut dari anggota-anggota kelompok satu persatu kelenturan dan keterbukaan (sikap dan pandangan hidup). Bagi kelompok minoritas yang berjuang keras untuk mendapatkan dan mempertahankan otonomi mereka, tuntutan demikian tidaklah akan diterima begitu saja. Tekanan yang dialami anggota kelompok-kelompok demikian untuk menyelaraskan diri dengan pandangan dominan di dalam kelompok akan sangat besar. Namun demikian, konsep masyarakat imigran, sekalipun dari sudut pandang liberal, menunjukkan bahwa pemerintah pusat (penguasa) justru dapat memberikan perlindungan pada warga individual yang hendak keluar dari tekanan kelompok demikian. Persoalannya adalah apakah hal demikian juga mungkin diwujudkan di

Indonesia. Sebaliknya dapat dikatakan bahwa Undang-undang Dasar 1945 nyata membuka peluang tersebut; kewajiban positif untuk memajukan perkembangan manusia (memanusiakan manusia) juga dapat dimengerti sedemikian rupa sehingga negara tidak mengurung manusia di dalam kelompok tertentu, namun memberikan perlindungan kepada mereka yang berkehendak keluar dari tekanan dan lingkup kelompok tempat asalnya.

4.3. Relevansi bagi Indonesia

4.3.1. Keberagaman di tataran nasional dan lokal

Di dalam uraian di atas, penulis telah mengindikasikan bagaimana sejumlah arah pemikiran di atas kiranya relevan bagi Indonesia. Sekaligus ditunjukkan bahwa di Indonesia banyak jalan terbuka yang dapat ditempuh. Situasi-kondisi demikian dapat diuraikan lebih lanjut. Persoalan yang kiranya relevan bagi negara sekompleks Indonesia bukanlah apakah di tataran nasional harus diberikan perlindungan yang sama terhadap kelompok minoritas seperti juga yang akan diberikan di tingkat lokal. Bahkan juga ruang lingkup serta substansi perlindungan dan hak yang akan diberikan pada kelompok-kelompok minoritas pada tataran nasional kiranya harus berbeda dari apa yang disediakan pada tataran lokal.

Kita telah cermati bahwa Undang-Undang Dasar 1945 menekankan pentingnya konsep negara kesatuan dan kiranya hal itu cocok dengan konsep negara-bangsa. Hal itu ditekankan tidak hanya dengan pendekatan negara kesatuan (-persatuan), namun juga dengan pengaturan di dalam konstitusi dari bendera, lambang negara dan bahasa nasional (Bab XV). Perilaku yang dianggap tidak/kurang menghormati wibawa negara dan simbol-simbol negara (terutama bendera dan lambang negara) diancam dengan pidana (Pasal 154 dan 154a KUHP). Sebelumnya telah kita cermati bahwa di dalam negara-bangsa muncul kebijakan untuk mendorong dan memajukan penyeragaman budaya. Di dalam Undang-undang Dasar 1945, budaya nasional (yang seragam) tersebut terejawantahkan dalam Pancasila. Salah satu sila memunculkan debat berkepanjangan tentang makna dan ruang-lingkupnya. Di dalam preambul dan dalam ketentuan Pasal 29(1) UUD 1945 ditetapkan bahwa negara Indonesia dilandaskan pada “Ketuhanan Yang Maha Esa” (*belief in the One and Only God*). Di dalam naskah asli dari preambul tersebut, ditambahkan kalimat: dengan kewajiban menjalankan syariat (hukum Islam) bagi pemeluknya. Kalimat tambahan tersebut terlepas dari perdebatan yang kemudian muncul disekelilingnya tidak pernah ditambahkan kembali ke dalam UUD 1945. Demikian, bangsa Indonesia menurut konstitusi dilandaskan pada Ketuhanan Yang Maha Esa, sekalipun tidak berarti bahwa Tuhan tersebut

adalah Tuhan umat Islam saja (Hosen, 2005). Dengan itu kiranya negara mengakui pluriformitas agama/kepercayaan (Otto, 2011).

Ini juga berarti bahwa hukum Islam tidak serta-merta dapat diberlakukan di seluruh wilayah Indonesia (Hosen, 2007), terkecuali pemerintah pusat menerbitkan perundang-undangan yang memerintahkan diberlakukannya hukum Islam. Dalam pada itu muncul perdebatan perihal perkembangan dan tendensi untuk memberikan pada Islam kedudukan dan pengaruh semakin kuat pada tataran penyelenggaraan kehidupan negara (Allen, 2007; Hosen, 2005). Hal ini menunjukkan pula bagaimana (di-) Indonesia terjadi pergulatan pemikiran tentang apakah Indonesia sebagai bangsa akan memberlakukan moral yang kental bernuansa Islam. Semakin kencang hal itu ditekankan, semakin banyak perundang-undangan dibuat dan diubah beranjak dari semangat tersebut dan alhasil semakin kecil ruang bagi kelompok minoritas untuk menyimpang dari itu. Namun tidak serta-merta kebebasan berkeyakinan/beragama yang sejatinya diberikan pada individu dari kelompok minoritas akan berkurang. Satu dan lain karena seyogianya bangsa yang demokratis melindungi dan menghormati pengejawantahan hak-hak asasi dan kebebasan dasar individu. Hal ini akan berbeda bila yang dihadapi adalah hak-hak kelompok minoritas yang bersifat kolektif. Semakin tebal/keras penekakan pada (penyeragaman) moral nasional, semakin kecil ruang terbuka bagi kelompok minoritas untuk mengembangkan hukum (pidana) yang menyimpang dari moral (nasional) tersebut.

Pilihan bagaimana mengisi format negara kesatuan mempunyai konsekuensi terhadap sikap negara menghadapi kelompok minoritas. Kejelasan sikap dan kebijakan mengenai bagaimana memperlakukan kelompok minoritas harus datang dari pemerintah pusat. Sekarang ini tampaknya pilihannya adalah pada moralitas yang kurang tebal dan dengan demikian terbuka ruang yang lebih luas bagi kelompok minoritas. Pertanyaannya di sini ialah seberapa jauh hal itu dapat dilakukan. Semakin besar penekanan diberikan pada kebhinekaan, semakin kecil pula daya pesona (pengikat dan pemersatu) simbol-simbol kebangsaan. Dengan cara ini Indonesia kiranya akan berkembang dari negara bangsa menuju imperium multinasional atau masyarakat imigran. Apa yang disebut pertama akan meniscayakan penerimaan-pengakuan karakter federalisme Indonesia dan mengurangi drastis peranan pemerintah pusat. Pemerintah pusat (dalam konteks negara federal) harus memusatkan perhatian pada kedaulatan eksternal, sedangkan sepanjang berurusan dengan kedaulatan internal (termasuk ke dalamnya hukum pidana) kewenangannya akan jauh berkurang. Beberapa penulis kiranya akan berpandangan bahwa situasi demikian sudah mencerminkan Indonesia sekarang ini. Risiko pecah dan bubarnya negara Indonesia, hal mana sudah banyak diperdengarkan penulis-penulis lain, menjadi ancaman sangat nyata. Konsep masyarakat

imigran, dari sudut pandang ini, menjadi lebih menarik. Sekalipun harus ditambahkan bahwa hal itu pun tidak mudah untuk diejawantahkan karena kelompok-kelompok minoritas (di Indonesia) sudah terlalu lama menikmati kebebasan yang sangat luas. Persoalan yang akan muncul ialah apakah kelompok-kelompok demikian (misalnya masyarakat Aceh) akan rela melepas kembali kebebasan yang dahulu mereka perjuangkan dengan sangat sengit dan keras. Sebaliknya analisis di atas tidak akan begitu relevan bagi wilayah-wilayah dengan komposisi masyarakat yang lebih beragam dan di mana ditemukan dorongan dan tuntutan memperoleh kebebasan individu lebih besar.

Persoalan lain yang juga muncul ialah apakah hanya satu arah pemikiran yang harus atau dapat diterapkan terhadap seluruh wilayah republik Indonesia? Pilihan strategi demikian kiranya dimungkinkan oleh Undang-Undang Dasar 1945. Ketentuan Pasal 18B(1) UUD 1945 lagipula membedakan satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa dengan yang tidak (kurang) memiliki karakter khusus/istimewa. Dapat dibayangkan bahwa bagi satuan-satuan pemerintahan daerah yang disebut pertama sepatutnya diberlakukan rezim yang mirip dengan imperium multinasional. Di dalam mana terbuka cukup ruang untuk hak-hak kolektif, termasuk ke dalamnya hak atau kewenangan untuk membentuk ketentuan-ketentuan pidana yang selaras dengan adat dan kebiasaan setempat. Sedangkan di wilayah-wilayah lainnya diberlakukan rezim berbeda dan wibawa serta keberlakuan KUHP dapat ditegaskan kembali. Beranjak dari sini dapat dibayangkan bahwa di kota-kota besar, yang merupakan tempat pertemuan dan pencampuran ragam budaya, tidak akan diberikan prioritas terhadap hak-hak kolektif. Sebaliknya hak-hak asasi manusia yang bersifat individual akan menjadi lebih penting. Di dalam wilayah-wilayah demikian pilihan konsep negara kesatuan atau masyarakat imigran menjadi lebih relevan. Sekalipun semua itu akan membawa kita pada keberagaman cara untuk menata kebhinekaan, namun justru cara itulah yang memberikan ruang paling besar bagi pemenuhan kepentingan dan tuntutan masyarakat lokal. Hal itu akan meniscayakan pengorganisasian (penataan) kebhinekaan dalam hukum pidana oleh pemerintah pusat dengan lebih baik. Beranjak dari itu pula, pemerintah pusat (pembuat undang-undang dasar) seyogianya mengatur lebih baik dan jelas satuan pemerintahan daerah mana yang akan atau justru tidak diberi kewenangan membentuk (merumuskan ketentuan) hukum pidana sendiri berlandaskan hukum adat dan/atau hukum agama. Bersamaan dengan itu, pembentuk hukum (pidana) dapat menetapkan aturan-aturan yang lebih jelas perihal pengaturan hubungan antara hukum pidana lokal dengan hukum pidana nasional. Hal ini kiranya berkenaan dengan penggunaan prinsip-prinsip seperti ne-bis-in idem. Di samping itu, di dalam pengaturan tentang kekuasaan kehakiman (Pasal

3-5 KUHP) juga dapat ditata kembali relasi dengan hukum lokal.

4.3.2 *Posisi religi*

Apa yang terabaikan dalam pandangan Walzer ialah kenyataan bahwa di Indonesia, agama/keyakinan (religi) memainkan peranan sangat penting dan acap menjadi fokus perdebatan dalam penyelenggaraan kehidupan bernegara. Menjadi pokok perdebatan ialah pertanyaan apakah dan sejauh mana kelompok-kelompok masyarakat atas dasar keyakinan keagamaan mereka berwenang merumuskan ketentuan pidana? Indonesia secara formal membedakan antara kelompok etnis dengan kelompok keagamaan. Ketentuan Pasal 18B(2) UUD 1945 berbicara mengenai kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat berserta hak-hak tradisionalnya. Kelompok-kelompok religius mendapatkan kebebasan mereka beranjak dari kemerdekaan untuk memeluk agama (Pasal 29(2)), kebebasan meyakini kepercayaan (Pasal 28E(2)) dan kebebasan berserikat dan berkumpul (Pasal 28 dan 28E(3)). Kesemua itu sejatinya adalah hak-hak individual, hal mana membuat kedudukan/posisi kelompok-kelompok keagamaan sepanjang berkaitan dengan kewenangan merumuskan hukum pidana secara otonom menjadi lebih lemah.

Pada lain pihak, negara menjamin keberadaan peradilan agama (Pasal 24(2) UUD 1945). Secara umum, kendati begitu, peradilan agama tersebut tidak memiliki kompetensi (yurisdiksi) memeriksa perkara-perkara hukum pidana, terkecuali (antara lain) Aceh. Pengadilan agama di Aceh memiliki kewenangan memeriksa dan memutus perkara-perkara pidana berkenaan dengan perbuatan-perbuatan seperti zinah, judi dan jual-beli serta konsumsi minuman mengandung alkohol. Landasan hukum dari kewenangan tersebut dapat kita temukan dalam peraturan daerah (Bey, 2007, Siregar, 2008), hal mana menyulitkan pengawasan oleh pemerintah pusat (Undang-undang Dasar tidak menyentuh persoalan ini). Di tempat-tempat lain, hukum agama mempengaruhi hukum adat dan dengan cara demikian juga mempengaruhi hukum pidana (Haveman, 2002). Maka itu terbuka pula peluang bahwa masyarakat lokal dengan merujuk pada ketentuan Pasal 18B(2) di atas merumuskan ketentuan pidana yang secara formil mengejawantahkan nilai-nilai hukum adat, namun faktual dilandaskan pada norma-norma hukum agama (shariah). Dengan cara itulah, hukum agama dapat mempengaruhi pembentukan hukum pidana (Siregar, 2008).

Seberapa jauh kewenangan membuat (merumuskan dan memberlakukan) ketentuan pidana yang terinspirasi keyakinan religius (hukum agama) dapat dibatasi dan dikendalikan sangat tergantung pada bagaimana negara bersikap terhadap agama/keyakinan yang dianut masyarakat. Apabila negara memandang religi sebagai bagian dari

identitas nasional (bangsa), maka semakin besar ruang yang terbuka bagi kelompok-kelompok religius. Sebaliknya bila negara memandang agama/keyakinan sebagai urusan pribadi atau hak individual sebagaimana terimplikasikan dari Undang-Undang Dasar 1945 (Pasal 29), maka setidak-tidaknya dalam tataran teori semakin kecil kemungkinan memberlakukan hukum pidana berlandaskan shariah. Kendati begitu, dalam praktiknya pemerintah pusat berhadapan dengan persoalan di atas bersikap ambigu. Kelompok-kelompok minoritas, berhadapan dengan keraguan pemerintah pusat, memberlakukan peraturan perundang-undangan yang terkesan bertentangan dengan apa yang tertulis di dalam Undang-Undang Dasar. Pada lain pihak, ternyata di Indonesia ada persinggungan dan pencampuran kelompok etnis dengan kelompok agama, dan tidak dapat dihindari bahwa hukum Islam atau shariah (untuk sebagian) masuk ke dalam ketentuan-ketentuan pidana yang ditemukan dalam ragam peraturan daerah. Dari sudut pandang internasional, praktik demikian terkesan tidak salah; ketentuan Pasal 27 Konvensi Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik memberikan ruang bagi kelompok-kelompok minoritas keagamaan tertentu (*religius minorities*) untuk menyelenggarakan dan menata kehidupan mereka atas dasar keyakinan agamanya. Juga dapat dikatakan bahwa Undang-Undang Dasar 1945 justru memberikan kebebasan yang sangat dan terlalu sempit kepada kelompok-kelompok religius. Beberapa dari kelompok demikian berhasil mengatasi pembatasan tersebut.

Di sini pertanyaan yang masih dan terus muncul ialah apakah aturan-aturan hukum yang diambil dari hukum Islam (shariah) boleh dimunculkan dalam atau diberlakukan melalui peraturan daerah. Berkenaan dengan ancaman sanksi, hal mana banyak diperdebatkan, jelas dapat kita tenggarai adanya ketegangan dengan Konvensi Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR), terutama larangan penyiksaan (Pasal 7). Terkait dengan persoalan apakah pemberlakuan ketentuan pidana atas dasar shariah akan dilarang atau tidak adalah seberapa jauh kelompok-kelompok minoritas dapat didorong dan dipaksa menerima nilai-nilai (pandangan) liberal. Semakin eksplisit pertanyaan di atas dijawab secara positif (kelompok minoritas dapat dipaksa menerima pandangan liberal), semakin kecil ruang terbuka bagi pelarangan judi, konsumsi alkohol atau pemberlakuan kewajiban pengenaan jilbab dengan ancaman pidana. Sebaliknya semakin kecil nilai-nilai liberal dihargai dan dianut, semakin besar peluang memunculkan perundang-undangan yang mengancam dengan sanksi semua perbuatan yang dilarang agama. Terbayangkan bahwa hubungan seksual sesama jenis akan serta merta dilarang dan dikaitkan pula ancaman pidana terhadap tatacara berpakaian perempuan (Allen, 2007). Berkenaan dengan itu, telah disinggung pula asas kesetaraan (persamaan) dapat turut berperan menjawab persoalan ketentuan pidana

diperlukan (untuk melarang suatu perbuatan dan memberlakukannya secara umum). Juga tanpa terlalu menekankan peranan nilai-nilai liberal, seyoginya wajar mempertimbangkan kemungkinan bahwa kebebasan beragama/berkeyakinan (yang diwujudkan melalui perumusan ketentuan pidana) harus mengalah bila bertenturan dengan asas kesetaraan/persamaan dan keadilan.

4.3.3 Minoritas di dalam minoritas

Di Indonesia kelompok-kelompok minoritas kerap kali muncul sebagai mayoritas dalam wilayah tertentu. Di wilayah tersebut mereka mendapatkan posisi berkuasa. Posisi demikian bagi banyak kelompok minoritas kerap kali merupakan pengalaman baru dan hal itu mereka peroleh lewat perjuangan sengit. Maka itu posisi demikian tidak akan mereka lepaskan begitu saja. Terbayangkan bahwa posisi dominan tersebut mereka akan perkuat dan bentengi dengan memberlakukan peraturan-perundang-undangan yang ditujukan untuk menegakkan secara ketat norma-norma yang berlaku dalam kelompok tersebut. Besar kemungkinan hal itu terjadi bilamana kelompok minoritas berkenaan dengan pemberlakuan norma-norma kelompok tersebut tidak berharap mendapat dukungan dari pemerintah pusat. Terutama juga kelompok minoritas yang tidak percaya pada pemerintah pusat akan berupaya menafsirkan otonomi mereka seluas mungkin. Bilamana sekaligus terbuka peluang untuk memaksakan berlakunya norma-norma kelompok tersebut melalui hukum pidana, kiranya dapat dibayangkan bahwa peluang demikian akan segera diambil. Khususnya ketentuan pidana berkaitan dengan penegakan norma-norma kesusilaan sangat populer.

Kelompok minoritas yang bermukim di dalam (wilayah) minoritas (dominan) tersebut diharapkan menerima dan menyesuaikan perilaku mereka dengan norma-norma yang berlaku dan mematuhi perundang-undangan yang dibuat. Undang-Undang Dasar 1945 tidak memberikan batasan tegas perihal seberapa jauh luas lingkup otonomi kelompok minoritas untuk memajukan kepentingan-kepentingan mereka sendiri. Konstitusi hanya memberi perhatian pada hubungan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah (misalnya Pasal 18A(2) UUD 1945), dan berkenaan dengan substansi peraturan-peraturan yang dibuat kelompok minoritas hanya menetapkan bahwa aturan-aturan tersebut harus sesuai dengan: perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang (Pasal 18B(2)). Pembatasan ini pertama-tama menunjukkan bahwa pemerintah pusat berkewajiban menjaga agar pemerintah daerah (kelompok minoritas yang dominan dan berkuasa) tidak memberlakukan peraturan-perundang-undangan yang mengancam keutuhan negara (seperti memberlakukan mata uang

sendiri). Namun untuk selebihnya kewajiban pemerintah pusat dalam mewujudkan pengawasan demikian tidaklah terlalu jelas. Kekosongan hukum demikian membuka ruang luas bagi kelompok minoritas; adalah pemerintah pusat yang kemudian harus menelaah kapan dan bilamana suatu peraturan daerah tidak selaras dengan atau dapat menghambat ‘perkembangan masyarakat’. Ke dalam pengertian perkembangan masyarakat bisa saja kita cakupkan pengertian perkembangan masyarakat Indonesia menuju masyarakat demokratis dilandaskan atas prinsip *rule of law*. Namun indikasi demikian bukanlah sesuatu yang pasti dan tegas. Lagipula, sekali lagi, semua itu sangat tergantung pada apakah dan seberapa jauh kelompok minoritas dapat dipaksa menerima pandangan dan nilai-nilai liberal. Apa yang juga penting dalam konteks ini dan sangat mencolok ialah fakta tidak adanya perujukan eksplisit pada bab hak asasi manusia yang termaktub di dalam UUD 1945. Kekurangan ini seolah-olah membuka tafsiran bahwa pemerintahan daerah tidak terikat pada hak asasi manusia setegas yang dituntut dari pemerintah pusat. Sebaliknya dapat dikatakan bahwa daftar hak asasi manusia yang wajib dilindungi dan dihormati sebagaimana dicantumkan di dalam Undang-Undang Dasar 1945 tidak saja ditujukan pada pemerintah pusat, namun juga merupakan bagian dari kewajiban pemerintah daerah. Beranjak dari itu, dapat dikatakan bahwa kecenderungan pemerintah daerah untuk hanya menekankan hak tanpa sekaligus memperhatikan kewajiban mereka sebagai penguasa lokal merupakan satu persoalan serius tersendiri. Bagaimanapun juga tampaknya daerah-daerah yang memperoleh otonomi mereka melalui perjuangan panjang dan sengit cenderung enggan untuk memperhatikan dan perduli pada (penjagaan dan pemeliharaan) hak-hak kelompok minoritas yang bermukim di dalam wilayah mereka. Contoh-contoh menyediakan dari masa lalu, seperti (pembiaran) penyerangan terhadap anggota kelompok Ahmadiyah, memunculkan pertanyaan apa yang seharusnya layak kita tenggang serta selanjutnya bagaimana di masa depan. Bahkan, bilapun kita tidak hendak memaksakan penerimaan dan pengikatan penuh pandangan dan nilai-nilai liberal pada kelompok minoritas, kiranya kita layak berharap dikembangkannya *modus vivendi* antarragam kelompok dalam masyarakat (Parekh, 2000).

Adalah tugas dan kewajiban pemerintah pusat untuk mengangkat serta memberi perhatian pada persoalan perlindungan minoritas di dalam minoritas. Bahkan bilamana pemerintah pusat beranggapan bahwa mereka tidak boleh terlalu jauh mencampuri urusan masyarakat otonom dan harus sejauh mungkin menghormati ‘hak-hak dan kebiasaan tradisional’ yang berlaku dalam kelompok-kelompok masyarakat otonom demikian, hal itu tidak menghilangkan hak dasar/fundamental dari (anggota) kelompok minoritas (dalam minoritas) untuk mendapatkan proses (peradilan) yang adil. Juga di dalam wilayah-wilayah otonomi, hukum acara pidana

harus dibentuk sedemikian rupa sehingga (anggota) kelompok minoritas (manapun) harus mendapatkan perlakuan sama atau setara dengan yang diterima kelompok minoritas (dominan) dan menikmati hak-hak prosedural yang sama (Pasal 14 Konvensi Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik/ICCPR). Pada tataran (hukum) materiil, apa yang penting ialah perlindungan dan penghormatan atas hak-hak kelompok minoritas, khususnya dengan mencegah penyalahgunaan hak yang dimiliki oleh minoritas dominan (Pasal 15 ICCPR). Hal itu memunculkan tuntutan pada negara (pemerintah pusat) untuk bagaimanapun juga melibatkan diri ke dalam (mengendalikan) proses pembentukan perundang-undangan dan peraturan lainnya di tingkat lokal. Pelibatan ini dapat turut menyumbang pada upaya pemenuhan kewajiban(-internasional) Indonesia di bidang hak asasi manusia, yakni dalam wujud memberikan perlindungan kepada minoritas di dalam kelompok minoritas (dominan).

Pertanyaannya ialah bagaimana pelibatan tersebut harus diwujudkan. Kita telah cermati bahwa kelompok minoritas untuk sementara menikmati ruang cukup untuk bereksperimen dalam pengembangan hukum pidana; dalam bidang-bidang hukum lainnya tampak bahwa pemerintah pusat tidak memiliki keraguan untuk secara tegas mengambil kendali. Terbayangkan bahwa pemerintah pusat suatu saat akan melakukan hal yang sama berkenaan dengan hukum pidana, sekalipun praktik menunjukkan bahwa sejak dahulu sudah terjadi fragmentasi hukum pidana. Maka itu kecil pula peluang menghilangkan total gejala fragmentasi hukum pidana demikian. Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana, yang membuka peluang bagi pengembangan hukum adat (Haveman, 2002), bahkan memunculkan kecurigaan bahwa situasi-kondisi yang sekarang ada akan dibiarkan terus berlanjut. Apakah serta merta ini berarti bahwa kelompok minoritas akan dibiarkan terus, tanpa adanya kontrol, mengembangkan dan memaksakan nilai-nilainya sendiri melalui hukum pidana juga pada minoritas lainnya? Jawabannya ialah tentu tidak. Terutama persoalan bagaimana melindungi minoritas dalam minoritas harus mendorong ihtiar memunculkan hukum pidana yang sekalipun, pada satu pihak, memberi ruang pada adat-kebiasaan dan tradisi lokal, namun pada lain pihak, juga (setidaknya pada tingkatan tertentu) bertitik tolak dari kewajiban konstitusional maupun internasional negara Indonesia untuk menghormati dan melindungi hak asasi manusia.

5. Rangkuman: Bahan dasar untuk membangun hukum pidana dalam masyarakat pluralistik/pluriform

Apakah kelompok minoritas berwenang merumuskan ketentuan-ketentuan pidana yang menyimpang dari hukum pidana nasional? Kita

telah cermati bahwa pertanyaan di atas bukan persoalan hipotetikal belaka: kelompok minoritas sudah sejak lama memiliki peluang untuk merumuskan ketentuan pidana yang menyimpang dari hukum pidana nasional. Pada tahun-tahun terakhir ini, hukum pidana lokal mengalami perkembangan pesat. Perkembangan pesat tersebut dapat dijelaskan dengan menunjuk pada fakta bahwa konstitusi Indonesia memberikan ruang pada kelompok minoritas untuk juga dalam bidang hukum pidana mengembangkan peraturan perundang-undangan selaras dengan nilai-nilai yang melandasi kebiasaan (adat) dan tradisi kelompok yang bersangkutan. Pembuat undang-undang dasar (pemerintah pusat) berkenaan dengan itu tidak memberikan panduan dan batasan yang jelas. Sedangkan sebaliknya juga tampak bahwa kelompok-kelompok minoritas enggan menerima dan mengakui pembatasan terhadap kewenangan mereka untuk membuat aturan pidana sendiri. Ini semua tidak serta merta menafikan kenyataan bahwa kekebasan tersebut tampaknya bersifat sementara: pertama-tama karena tidak tersedianya mekanisme bagi kelompok minoritas untuk mencegah pemerintah pusat turut campur terlalu jauh dengan pembentukan aturan-aturan di tingkat lokal, di samping itu juga berangkat dari fakta bahwa KUHPidana secara harafiah bertitiktolak dari pandangan niscayanya satu hukum pidana yang berlaku secara nasional. Pada saat sama, tampak pula bahwa pemerintah pusat membiarkan begitu saja perumusan aturan pidana yang menyimpangi hukum pidana nasional oleh satuan-satuan pemerintah dari tingkatan lebih rendah. Kiranya dapat dikatakan bahwa pemerintah pusat tidak memprioritaskan penanggulangan persoalan-persoalan yang muncul dari fragmentasi hukum pidana.

Dari sudut pandang hak asasi manusia kita tenggarai bahwa ketentuan Pasal 27 ICCPR memberikan hak pada kelompok minoritas untuk menyelenggarakan kehidupan mereka selaras dengan aturan-aturan yang berlaku di dalam kelompok tersebut. Mengancam dengan sanksi pidana perbuatan atau perilaku yang bertentangan dengan latarbelakang (pandangan hidup berlandaskan) agama/keyakinan atau etnisitas tertentu kiranya diperkenankan; setidak-tidaknya tidak dinyatakan dilarang. Bertitiktolak dari penafsiran materiil asas kesetaraan atau persamaan ditegaskan adanya ruang demikian untuk merumuskan ketentuan pidana sendiri berbeda dari hukum pidana nasional bagi kelompok minoritas. Namun ICCPR ternyata juga menetapkan sejumlah pembatasan terhadap kemerdekaan tersebut. Batasan yang ada berkenaan dengan perlindungan keamanan umum, ketertiban umum, kesehatan masyarakat, kesusilaan yang baik, dan yang terpenting dari itu semua, hak-hak dan kebebasan dasar dari orang-orang lain. Indonesia menambahkan sejumlah pembatasan lain (seperti perkembangan ekonomi), namun persyaratan tersebut dari sudut pandang internasional tidak begitu penting.

Salah satu hak terpenting berkaitan dengan asas kesetaraan/persamaan, dan asas tersebut berkait berkelindan dengan hak-hak lainnya dalam hukum pidana. Ketentuan pidana pada prinsipnya diberlakukan terhadap siapapun dengan cara yang sama. Interpretasi materiil asas ini memberikan landasan untuk melakukan diferensiasi, bahkan sedemikian rupa sehingga bagi anggota kelompok-kelompok masyarakat tertentu dapat diberlakukan ketentuan pidana yang berbeda (menyimpang). Undang-Undang Dasar 1945 berkenaan dengan itu menetapkan sebagai tujuan bahwa penyimpangan demikian – diartikan sebagai kewajiban positif dari pembuat undang-undang untuk memperhatikan kepentingan khusus orang-perorangan – harus dibuat dengan tetap memperhatikan kepentingan memajukan persamaan dan keadilan (*equality and fairness*). Sekalipun kedua pengertian tersebut cukup kabur dan luas, kita tetap dapat memandangnya sebagai landasan atau titik tolak dalam perumusan ketentuan pidana: apakah rumusan perbuatan tertentu sebagai tindak pidana menjamin persamaan dan keadilan (bagi semua; termasuk orang-orang dari luar kelompok)?

Pengembangan kedua konsep di atas bukan soal yuridis semata. Setiap kali harus dipertimbangkan apa yang sejatinya menjadi tujuan masyarakat: bagaimana kiranya kita hendak wujudkan dan mengisi hak-hak yang diberikan pada kelompok minoritas? Kita telah cermati bahwa Indonesia membayangkan dirinya sendiri sebagai suatu negara-bangsa, namun sebaliknya Undang-Undang Dasar 1945 memungkinkan pula kita untuk memandang Indonesia lebih sebagai imperium multinasional. Pilihan tipe negara seperti apa yang hendak diwujudkan haruslah dibuat lebih jelas dan tegas. Pilihan yang dibuat tidaklah harus sama untuk setiap wilayah. Bahkan untuk setiap wilayah berbeda dapat dibuat pilihan berbeda. Selintas hal tersebut mendorong fragmentasi lebih jauh, namun cara ini membuka peluang untuk memfokuskan diri pada persoalan khas yang muncul di setiap wilayah yang berbeda dan mencari solusi terbaik. Dengan itu pula harus ditemukan pembagian dan pembatasan kewenangan dari dan antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah yang lebih jelas. Untuk itu kita dapat bertitiktolak dari ketentuan Pasal 130 KUHPidana, dan sekaligus pula menetapkan aturan-aturan minimum yang harus dipenuhi hukum pidana lokal, khususnya dalam rangka melindungi minoritas (atau kelompok rentan, seperti perempuan). Juga di sini prinsip kesetaraan/persamaan dan keadilan dapat kita pergunakan sebagai rujukan umum. Sekaligus dengan itu kita harus mengakui dan menerima pengaruh religi terhadap hukum lokal dan memastikan bahwa pengembangan hukum lokal tersebut tetap selaras dengan serta memperhatikan hak-hak konsitusional yang diberikan pada kelompok minoritas.

DAFTAR PUSTAKA

Allen, P. (2007). Challenging Diversity? Indonesia's Anti-Pornography Bill. *Asian Studies Review*, 31, 101-115.

Bedner, A. (2010). An Elementary Approach to the Rule of Law. *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2(1), 48-74.

Bedner, A., & Van Huis, S. (2008). The return of the native in Indonesian Law. Indigenous communities in Indonesian legislation. *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde (BKI)*, 164(2/3), 165-193.

Bell, G.F. (2001). Minority Rights and Regionalism in Indonesia – Will Constitutional Recognition lead to Disintegration and Discrimination? *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 5, 784-806.

Bell, G.F. (2001a). The New Indonesian Laws Relating to Regional Autonomy: Good Intentions, Confusing Laws. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 2(1), 1-44.

Bell, G.F. (2006). Multiculturalism in Law is Legal Pluralism – Lessons From Indonesia, Singapore and Canada. *Singapore Journal of Legal Studies*, 315-330.

Bey, F. (2007). *Three Most Important Features of Indonesian Legal System that Others Should Understand*. paper delivered at the IALS Conference: Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World, hlm. 115-117.

Bertrand, J. (2004). Democratization and Religious and Nationalist Conflict in Post-Suharto Indonesia. In S.J. Henders (ed.), *Democratization and Identity* (p. 177-200) , Plymouth, Lexington Books.

Blackwood, E. (2007). Regulation of sexuality in Indonesian discourse: Normative gender, criminal law and shifting strategies of control. *Culture, Health & Sexuality*, 9(3), 293-307.

Bovens, M.A.P. (2003). Cultuur als verweer. In F. Bovenkerk, M. Komen and Y. Yeşilgöz (eds.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging* (p. 137-150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Cribb, R. (2010). Legal Pluralism and the Criminal Law in the Dutch Colonial Order. *Indonesia*, 90, 47-66.

De Jong, C.D. (2000). *The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations (1946-1992)*. Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersertia/Hart.

Djamin, R. (2011), *The Paradox of Freedom of Religion and Belief in Indonesia* (unpublished manuscript).

Forst, R. (1997). Foundations of a Theory of Multicultural Justice. *Constellations*, 4(1), hlm. 63-71.

Hadiprayitno, I.I. (2010). Defensive Enforcement: Human Rights in Indonesia. *Human Rights Review*, 11, 373-399.

Harding, A. (2002), *Global Doctrine and Local Knowledge: Law in South East Asia, International & Comparative Law Quarterly*, 5, 35-53.

Haveman, R.H. (2002). *The legality of adat criminal law in modern Indonesia*. Jakarta: Tatanusa.

Henley, D., & Davidson, J.S. (2008), *In the Name of Adat: Regional Perspectives on Reform, Tradition, and Democracy in Indonesia*, *Modern Asian Studies*, 42(4), 815-852.

Honna, J. (1999). Military Ideology in Response to Democratic Pressure during the Late Suharto Era: Political and Institutional Contexts. *Indonesia*, 67, 77-126.

Hosen, N. (2005). Religion and the Indonesian Constitution: A Recent Debate. *Journal of Southeast Asian Studies*, 36(3), 419-440.

Hosen, N. (2007). Human Rights Provisions in the Second Amendment to the Indonesian Constitution from *Shari'ah* Perspective. *The Muslim World*, 97, 200-224.

Joseph, S., Schultz J., & Castan, M. (2004). *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*. Oxford [etc.]: Oxford University Press.

Lev, D.S. (1965). The Lady and the Banyan Tree: Civil-Law Change in Indonesia. *The American Journal of Comparative Law*, 14, 282-307.

Limborgh, W.M. (2011). *Culturele vrijheid en het strafrecht*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Lindsey, T., & Kingsley, J. (2008). "Talking in Code. Legal Islamisation in Indonesia and the MMI Shari'a Criminal Code." In Peri Bearman, Wolfhart Heinrichs, Berhard G. Weiss (eds.), *The Law Applied. Contextualizing the Islamic Shari'a* (p. 295-320), London/New York: I.B. Tauris.

Lindsey, T., et al. (2007). Shari'a Revival in Aceh. In M. Feener and M. Cammack (eds.), *Islamic Law in Contemporary Indonesia. Ideas and Institutions* (p. 216-254), Harvard University Press, Cambridge.

May, R.J. (1992). The Religious Factor in Three Minority Movements: The More of the Philippines, the Malays of Thailand, and Indonesia's West Papuans. *Contemporary Southeast Asia Volume*, 13(4), 396-414.

Meijknecht, A.K. (2001). *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*. Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersertia/Hart.

Morfit, M. (1981). The Indonesian State Ideology According to the New Order Government. *Asian Survey*, 21(8), 838-851.

Nowak, M. (1989). *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll. CCPR-Kommentar*, Kehl am Rhein [etc.] : Engel.

Otto, J.M. (2011). 'De sharia' in rechtssystemen van moslimlanden: een referentiekader, *Rechtstreeks*, 4, hlm. 7-63.

Parekh, B. (2000). *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Schefold, R. (1998). The Domestification of Culture. Nation-building and Ethnic Diversity in Indonesia, *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde (BKI)*, 154(2), 259-280.

Siesling, M., & Ten Voorde, J.M. (2009). The Paradox of Cultural Differences in Dutch Criminal Law. In M.-C. Foblets & A. Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense* (p. 145-173), Oxford [etc.]: Hart Publishing.

Simester, A.P., & Von Hirsch, A. (2011). *Crimes, harms and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing.

Siregar, H. B. (2008). Islamic Law in a National Legal System: A Study on the Implementation of *Shari'ah* in Aceh, Indonesia. *Asian Journal of Comparative Law*, 3(1), article 4.

Tan, E.K.B., Thio, L.-A. (2005). *Managing Babel: The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Taylor, C. (1994). The Politics of Recognition. In A. Gutman (ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (p. 25-73), Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Thornberry, P. (1991). *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford: Clarendon Press.

Thornberry, P. (1995). The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update, In A. Philips & A. Rosas (eds.). *Universal Minority Rights* (p. 13-76), Åbo and London: Åbo Akademi University Institute for Human Rights Minority Rights Group (International) Turku.

Thornberry, P., Estébanez, M., & Amor, M. (2004) *Minority Rights in Europe*. Straatsburg: Council of Europe Publishing.

Uddin, A. (2010). Religious Freedom Implications of Sharia Implementation in Aceh, Indonesia. *University of St. Thomas Law Journal*, 7(3), 603-648.

Van Broeck, J. (2001). Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 9(1), 1-32.

Verstichel, A. (2009). *Participation, Representation, and Identity. The Right of Persons Belonging to Minorities to Effective Participation in Public Affairs: Content, Justification and Limits*. Antwerpen/Oxford/Portland: Intersertia.

Walzer, M. (1997). *On Toleration*, New Haven [etc.]: Yale University Press.

Weatherbee, D.E. (1985). Indonesia in 1984: Pancasila, Politics, and Power, *Asian Survey*, 25(2), 187-197.

Yang, F. & Ebaugh, E.R. (2001). Religion and Ethnicity Among New Immigrants. The Impact of the Majority/Minority Status in Home and Host Countries. *Journal for the Scientific Study of Religion*, 40(3), 367-378.

PEMBATASAN PENAFSIRAN HAKIM TERHADAP PERUMUSAN TINDAK PIDANA YANG TIDAK JELAS MELALUI YURISPRUDENSI

Nella Sumika Putri

1. Pendahuluan

Indonesia adalah negara yang dapat digolongkan sebagai penganut tradisi *Civil Law* dimana sumber hukum utamanya adalah undang-undang dan kodifikasi. Apabila dihubungkan dengan hukum pidana, setiap perbuatan dapat dikategorikan sebagai kejahatan jika perbuatan tersebut telah dikriminalisasi oleh undang-undang atau kodifikasi.¹ Prinsip ini dikenal dengan istilah asas legalitas. Penerapan asas legalitas menimbulkan suatu konsekuensi yaitu bahwa suatu perbuatan yang dapat dipidana harus didasarkan pada undang-undang, tidak dapat diterapkannya asas retroaktif, *lex stricta* dan tidak memperkenankan penafsiran secara analogi. Undang-undang pada dasarnya adalah sesuatu yang abstrak dan untuk menjadikannya suatu hal yang konkret dibutuhkan suatu cara yaitu melalui interpretasi.

Perumusan perbuatan secara jelas dan tepat dalam perundangan menjadi penting karena dalam negara yang menggunakan undang-undang sebagai sumber hukum tentu saja tidak terlepas dari penafsiran. Apabila undang-undang tidak memberikan suatu definisi yang jelas maka akan banyak sekali penafsiran yang dapat digunakan dan akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Sebagai contoh undang-undang yang mendefinisikan unsur tindak pidana secara tidak jelas antara lain undang-undang pornografi, undang-undang pengadilan HAM.

Artikel ini membatasi pada dua permasalahan, pertama pada konsep *lex stricta*, dimana perumusan suatu perundang-undangan harus dirumuskan secara jelas sehingga tidak menimbulkan ambiguitas. Hal ini didasari bahwa banyak peraturan perundangan di Indonesia yang

1 Pasal 1 ayat 1 KUHPidana

dalam perumusan perbuatan pidana tidak memberikan suatu definisi yang jelas, tepat dan tidak menimbulkan suatu ambiguitas. Yang menjadi permasalahan dalam hal ini adalah bagaimana kedudukan penafsiran dan yurisprudensi di Indonesia dalam menyelesaikan masalah ketidakjelasan perumusan suatu tindak pidana dalam perundang-undangan.

Permasalahan kedua yang menjadi fokus dalam penelitian ini adalah sejauh mana penggunaan yurisprudensi dapat digunakan untuk membatasi penafsiran hakim sebagai salah satu pendekatan terhadap perumusan undang-undang yang tidak jelas. Hal ini didasari dari kedudukan yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum dalam sistem hukum Indonesia akan tetapi yurisprudensi dalam sistem hukum Indonesia tidak mengikat. Hal ini berbeda dengan negara-negara yang menganut tradisi *common law* dimana terikat dengan asas *binding precedent*.

Artikel ini terdiri dari 4 bagian, pertama merupakan pendahuluan yang berisikan tentang latar belakang dan identifikasi masalah, bagian kedua berisikan tentang asas legalitas dan formulasi perumusan tindak pidana di Indonesia, bagian ketiga akan membahas tentang penerapan yurisprudensi dalam sistem hukum Indonesia, sistem hukum Inggris dan sistem hukum Belanda. Bagian terakhir merupakan kesimpulan dan saran.

2. Asas legalitas dan perumusan tindak pidana

Untuk dapat dipidananya suatu perbuatan yang tercela harus ada ketentuan dalam undang-undang pidana yang merumuskan suatu perbuatan yang menjadi tindak pidana dan memberikan sanksi terhadap perbuatan tersebut. Asas legalitas ini dianggap sebagai salah satu wujud dari perjanjian antara penguasa dan individu itu. Dalam artian, kebebasan individu sebagai subjek hukum mendapatkan jaminan perlindungan kontraktual melalui asas legalitas.²

Dilihat dari sejarah terbentuknya, Pasal 1 ayat (1) KUHP memiliki hubungan erat dengan usaha manusia untuk mendapatkan suatu kepastian hukum pada abad ke-18 atau dengan perkataan lain pencatuman ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP bertujuan untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa yang dapat merugikan masyarakat.³ Gagasan asas legalitas berasal dari ketentuan Pasal 39 *Magna Charta* (1215) di Inggris, yang menjamin adanya perlindungan rakyat dari penangkapan,

2 Jan Remmelink, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Jakarta, 2003, hlm 599.

3 P A F Lamintang dan Djisman Samosir, *Delik-Delik Khusus Kejahatan yang Ditujukan terhadap Hak Milik dan Lain-Lain Hak yang Timbul dari Hak Milik*, Tarsito, Bandung, 1995, hlm 123.

penahanan, penyitaan, pembuangan, dan dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum/undang-undang, kecuali ada putusan peradilan yang sah.

Asas *nulla poena* dalam hukum pidana material pertama-tama disampaikan oleh Montesquieu⁴ pada tahun 1748 yang menyatakan bahwa para hakim dari rakyat adalah hanyamulut yang mengucapkan perkataan undang-undang, dan mereka adalah mahluk tidak bernyawa yang tidak boleh melemahkan kekuatan dan kekerasan undang-undang. Hal ini merupakan konsep awal dari asas legalitas yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Anselm von Feurbach⁵ terkait dengan fungsinya sebagai sarana perlindungan bagi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah serta fungsi instrumental yaitu bahwa tidak ada perbuatan pidana yang tidak dapat dituntut merumuskan asas legalitas berupa "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*" yang dijabarkan menjadi:

1. *Nulla poena sine lege*, (tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana menurut undang-undang)
2. *Nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa ada perbuatan pidana) dan
3. *Nullum crimen sine poena legali* (tiada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang)

Berdasarkan asas legalitas terdapat tujuh aspek yang dihasilkan, yaitu.

1. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang
2. Tidak ada penerapan undang-undang berdasarkan analogi
3. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan
4. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (*lex certa*)
5. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana
6. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang
7. Penuntutan hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang

Dalam tradisi sistem *civil law*, ada empat aspek asas legalitas yang diterapkan secara ketat, yaitu *lex scripta*, *lex certa*, *non-retroactivity*, dan *analogy*.⁶

1. *Lex Scripta*

Dalam tradisi *civil law*, aspek pertama adalah penghukuman harus didasarkan pada undang-undang, dengan kata lain berdasarkan hukum

4 J M van Bemmelen, Hukum Pidana, Bina Cipta, Bandung, 1987, hlm 50.

5 Schaffmeister, N Keizer dan PH Sutorius, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 2003, hlm 5.

6 Roelof H. Heveman, *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*, Tata Nusa, Jakarta, 2002, hlm 5.

yang tertulis. Undang-undang (*statutory, law*) harus mengatur mengenai tingkah laku (perbuatan) yang dianggap sebagai tindak pidana. Tanpa undang-undang yang mengatur mengenai perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak bisa dikatakan sebagai tindak pidana. Hal ini berimplikasi bahwa kebiasaan tidak bisa dijadikan dasar menghukum seseorang.

2. *Lex Certa*

Dalam kaitannya dengan hukum yang tertulis, pembuat undang-undang (legislatif) harus merumuskan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (*kejahatan, crimes*). Hal inilah yang disebut dengan asas *lex certa* atau *bestimmtheitsgebot*. Pembuat undang-undang harus mendefinisikan dengan jelas tanpa samar-samar (*nullum crimen sine lege stricta*), sehingga tidak ada perumusan yang ambigu mengenai perbuatan yang dilarang dan diberikan sanksi. Perumusan yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi keberhasilan upaya penuntutan (pidana) karena warga selalu akan dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman perilaku.⁷

3. *Nonretroaktif*

Asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (nonretroaktif). Seseorang tidak dapat dituntut atas dasar undangundang yang berlaku surut. Pemberlakuan secara surut merupakan suatu kesewenang-wenangan, yang berarti pelanggaran hak asasi manusia.

4. *Analogi*

Ilmu hukum pidana mengenal beberapa metode penafsiran, yaitu: penafsiran tata bahasa atau gramatikal, penafsiran logis, penafsiran sistematis, penafsiran historis, penafsiran teleologis atau sosiologis, penafsiran kebalikan, penafsiran membatasi, penafsiran memperluas, dan penafsiran analogi. Syarat pokok untuk melakukan penafsiran terhadap suatu undang-undang adalah undang-undang itu harus ditafsirkan berdasarkan undang-undang itu sendiri. Menurut Simons,⁸ untuk menafsirkan suatu undang-undang sekali-kali tidak boleh mencari bahan-bahan penafsiran di luar undang-undang.

Hampir semua metode penafsiran dapat digunakan, akan tetapi ada metode penafsiran yang masih menjadi perdebatan tentang

⁷ Jan Remmelink, *Op.Cit*, hlm. 358.

⁸ P A F Lamintang dan Djisman Samosir, *op.cit*, hlm 2.

keberlakuannya yaitu penafsiran secara analogi. Paham klasik yang didukung oleh Simons, Vos dan Van Hattum pada dasarnya tidak memperkenankan analogi dalam hukum pidana sedangkan Pompe dan Jonkers selaku penganut paham modern memperbolehkan berlakunya hukum pidana.

Analogi sendiri adalah metode penafsiran dimana terdapat sesuatu yang diatur secara tegas oleh undang-undang dan kemudian terdapat hal lain yang tidak diatur dengan tegas oleh undang-undang, sedangkan hal lain ini memiliki sifat dan dasar yang sama dengan hal yang telah diatur dengan tegas oleh undang-undang tersebut di atas, maka undang-undang yang telah mengatur sesuatu hal secara tegas itu, dipergunakan untuk menafsirkan hal yang tidak diatur dengan tegas oleh undang-undang.⁹

Jika melihat tentang penjabaran di atas terhadap asas legalitas maka perumusan suatu undang merupakan faktor penting apakah undang-undang tersebut dapat dilaksanakan atau tidak. Tindak pidana dalam perumusannya dilakukan dengan tiga cara, yaitu (a) dengan menjelaskan unsur dan kualifikasinya; (b) menjelaskan unsur-unsurnya saja secara detil; dan (c) dengan menunjukkan kualifikasinya saja dimana pembuat undang-undang menyerahkan sepenuhnya kepada hakim, hal ini karena ada kekhawatiran bila diberikan penjelasan unsur-unsurnya akan mengakibatkan ketentuan-ketentuan tersebut tidak dapat dijalankan sebagaimana mestinya.¹⁰

Meskipun perumusan perundang-undangan harus dijabarkan secara jelas melalui beberapa metode di atas akan tetapi terdapat beberapa perumusan undang-undang yang tidak memberikan suatu definisi yang jelas dan menimbulkan ambiguitas¹¹ antara lain:

1. Undang-Undang No 44 Tahun 2008 tentang Pornografi

Berdasarkan Pasal 1 UU tersebut pornografi didefinisikan sebagai "gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh, atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksplorasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat"

Berdasarkan definisi pasal 1 terdapat unsur "melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat". Pada penjelasan Pasal 1 sendiri tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan istilah tersebut sehingga pada waktu penerapannya hakim harus menggunakan penafsiran. Penafsiran

9 Ibid, hlm 4.

10 E Utrecht, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*, hlm 256-257.

11 Ambiguitas adalah satu kata yang memiliki lebih dari satu arti, suatu kata menjadi ambigu apabila memiliki pengertian lebih dari satu lihat Lawrence B Solum, *The Interpretation-Construction Distinction, Constitutional Commentary*, 2010, hlm 97.

terhadap pasal ini dapat memberikan suatu ketidakpastian mengingat tidak setiap daerah maupun masyarakat memiliki standar norma yang sama terhadap batasan tentang sesuatu yang melanggar kesusilaan atau tidak. Sehingga apabila terdapat kasus pornografi akan besar kemungkinan terdapat perbedaan penerapan antara daerah yang satu dengan daerah yang lainnya, misalnya antara Bali dan Jawa Barat. Sehingga tujuan utama dari asas legalitas demi kepastian hukum tidak akan terwujud.

Ketidaktepatan pengertian juga terdapat pada Pasal 4 ayat (1) point b tentang “kekerasan seksual” yang dalam penjelasannya dipersamakan dengan perkosaan. Perkosaan sendiri diatur dalam Pasal 285 KUHP yang memiliki pengertian berbeda dengan kekerasan seksual, yaitu persetubuhan dengan ancaman kekerasan. Sedangkan kekerasan seksual memiliki pengertian yang lebih luas dibandingkan dengan perkosaan yang mana tidak terbatas hanya pada persetubuhan saja.¹² Hal ini dapat menimbulkan kesalahan interpretasi dan tentunya menimbulkan ambiguitas dalam penerapannya.

2. Undang-Undang No 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

Undang-undang pengadilan HAM di Indonesia merupakan undang-undang yang mengadopsi ketentuan Statuta Roma 1998. Akan tetapi dalam implementasinya merupakan undang-undang yang rentan dalam penggunaannya dikarenakan banyak ketentuannya diterjemahkan berbeda dengan definisi yang terdapat dalam Statuta Roma 1998. Hal ini dapat dilihat pada definisi tentang kejahatan genosida. Dalam Statuta Roma 1998 yang dimaksud dengan Genosida adalah “setiap perbuatan berikut ini¹³ yang dilakukan dengan tujuan untuk menghancurkan, seluruhnya atau sebagian, suatu kelompok nasional, etnis, ras atau keagamaan”. Definisi ini diadopsi dalam UU No 26 Tahun 2000 melalui ketentuan Pasal 8. Yang menjadi permasalahan dalam definisi genosida di sini adalah tentang kata “kelompok keagamaan” dalam Statuta Roma 1998 yang dalam UU Pengadilan HAM yang kelompok keagamaan ini diterjemahkan sebagai “agama”. Jika menggunakan penafsiran secara hukum Indonesia maka terdapat perbedaan penafsiran antara kelompok agama dengan agama.

Pemerintah Indonesia secara resmi awalnya hanya mengakui lima agama di Indonesia, yakni Islam, Protestan, Katolik, Hindu dan Budha.¹⁴ Namun kemudian melalui Keppres RI No 6 Tahun 2000 tentang

12 Jika mengacu pada yurisprudensi internasional dapat melihat pada kasus Kunarac dan Akayesu, dimana dalam kedua kasus tersebut terdapat perluasan pengertian perkosaan.

13 Lihat Pasal 6 Statuta Roma 1998.

14 Penetapan Presiden No 1 Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

Pencabutan Inpres No 14 Tahun 1967 ditambah dengan Kepercayaan dan Adat Istiadat Cina. Sementara yang dimaksud dengan "religious group" dalam rumusan genosida yang didasarkan pada putusan pengadilan kasus Akayesu tanggal 2 September 1998¹⁵ adalah suatu kelompok dimana anggotanya memiliki agama, kaum, serta bentuk pemujaan yang sama. Definisi tersebut memiliki kesamaan dengan definisi "religious group" dalam putusan Kayishema dan Ruzindana. "Religious group" dalam kasus ini dimaknai secara luas sehingga mencakup semua kelompok yang menjalankan tata cara beribadah yang sama, bahkan kelompok yang memiliki kesamaan kepercayaan.

Perbedaan sebagaimana diuraikan di atas berpotensi menimbulkan masalah dalam penerapan hukum. Apabila di Indonesia terjadi tindakan-tindakan sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan pasal genosida terhadap kelompok keagamaan di luar enam agama yang diakui oleh pemerintah Indonesia, genosida bisa jadi tidak dapat dibuktikan karena unsur "kelompok agama" tidak terpenuhi.

3. Yurisprudensi di beberapa sistem hukum dan rumusan tindak pidana yang tidak jelas

Sistem *Civil Law* adalah suatu sistem hukum yang mengedepankan kodifikasi hukum yang dalam penerapan serta interpretasinya disampaikan oleh hakim. Dasar dari sistem *Civil Law* adalah hukum Romawi, yang kemudian mengalami perkembangan pada abad ke-19 pada saat era kodifikasi. Sistem *Civil Law* menjadi suatu sistem hukum yang dianut oleh banyak negara di dunia terutama di daratan Eropa, serta negara-negara yang dahulunya merupakan jajahan negara-negara Eropa. Indonesia sendiri berdasarkan asas konkordansi merupakan salah satu negara yang menganut sistem *Civil Law*.

Sejarah sistem *Common law* (Inggris) berawal pada tahun 1066 ketika bangsa Norman yang dipimpin oleh William I mengalami kekalahan yang hebat dari *Anglo-Saxon* pada pertempuran Hastings yang memungkinkan penguasaan hampir seluruh kepulauan Inggris pada tahun berikutnya.¹⁶ Dasar dari sistem *Common law* adalah tradisi dari bangsa Norman yang tidak tertulis dan juga yang tidak tercatat. Sistem *Common law* berkembang dalam suasana *adversarial* sistem di Inggris dari keputusan hukum yang didasarkan pada tradisi, kebiasaan dan asas *precedent*.

Sebelum adanya suatu lembaga peradilan yang stabil di Inggris,

15 Human Rights Watch, *Genosida, Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan, Saripati Kasus-Kasus Pelanggaran HAM Berat dalam Pengadilan Pidana Internasional untuk Rwanda*, Jilid I, Elsam, Jakarta, 2007, hlm 23.

16 Marry Ann Glendon, et all, *Comparative Legal Traditions, Text Material and Cases on the Civil and Common law Traditions, with Special Reference to French, German, English and European Law*, West Publishing Co, St Paul Minnesota, 1984, hlm 438.

yang dibentuk oleh William the Conqueror pada tahun 1066, rakyat Inggris memiliki sistem hukum yang didasarkan pada kebiasaan lokal yang tidak tertulis dimana antara masyarakat satu dan yang lainnya memiliki perbedaan.

“*Common law*”, membentuk sebagian besar dari sistem hukum di banyak negara, khususnya negara-negara yang memiliki hubungan sejarah dengan Inggris atau, negara-negara yang merupakan bekas jajahan Inggris. “*Common law*”, pada awalnya berkembang di bawah sistem *adversarial* di Inggris yang bersumber pada putusan hakim yang didasarkan pada, tradisi, kebiasaan dan *precedent*.¹⁷ Akan tetapi dalam perkembangannya sistem “*Common law*” tidak hanya berbentuk hukum tidak tertulis, akan tetapi juga berkembang dalam bentuk hukum tertulis dan kodifikasi.¹⁸

Sama seperti sistem *Civil Law*, sistem *Common law* juga berkembang di daratan Eropa dan kemudian menyebar ke seluruh dunia terutama negara-negara yang menggunakan bahasa Inggris atau *Commonwealth*, khususnya negara-negara yang pernah menjadi koloni Inggris.

Dalam sistem *common law* (Inggris), terdapat sumber hukum utama yaitu *custom, legislation dan case-law, precedent, convention, royal prerogative, constitution* dan Hukum Uni Eropa. *Custom* merupakan sumber hukum tertua di Inggris dimana berasal dari (sebagian) hukum Romawi. Pada abad ke-14 custom melahirkan *common law*, yaitu kebiasaan atau adat istiadat masyarakat yang dikembangkan berdasarkan keputusan pengadilan. Pada akhirnya putusan pengadilan ini dikembangkan dan diunifikasi sehingga merupakan suatu *precedent*.

Common law memiliki kedudukan yang sangat kuat, hal ini dikarenakan sistem *common law* (Inggris) menggunakan asas *stare decisis* atau asas *the binding force of precedents*. Asas ini mewajibkan hakim untuk mengikuti putusan hakim sebelumnya. Kekuatan mengikat dari *precedent* ini adalah pada bagian putusan yang dikenal dengan sebutan *ratio decidendi*, yaitu semua bagian putusan atau pertimbangan hukum yang menjadi dasar dari putusan dalam kasus konkret.¹⁹

Proses hakim mengikuti putusan hakim sebelumnya ini dikenal dalam *common law* sistem dengan lembaga *precedent*. Sejumlah besar *jus non scriptum* yang membentuk sistem *common law* hampir seluruhnya berasal dari putusan pengadilan. Salah satu esensi dari ajaran *precedent* dalam sistem *common law* adalah bahwa ketentuan-ketentuan hukum itu

17 www.wikipedia.com

18 http://www.politicalinformation.net/encyclopedia/Common_law.htm

19 Catherine Elliot dan Frances Quinn, *English Legal Sistem*, Pearson Longman, England, 2004, hlm 10.

dikembangkan dalam proses penerapannya.²⁰

Hal ini bertolak belakang dengan karakteristik dalam *civil law* sistem adalah dianutnya asas legalitas, atau *principle of legality*, yang mana mengandung makna bahwa tiada suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana, kecuali telah ditentukan dalam undang-undang terlebih dahulu. Ketentuan perundang-undang ini harus ditafsirkan secara harfiah, dimana pengadilan tidak boleh memberikan penafsiran secara analogis. Konsep asas legalitas ini juga berarti bahwa perundang-undangan tidak boleh berlaku surut (*non-retroactive*).²¹

Dalam konteks di Indonesia, kita dapat melihat hasil penelitian BPHN pada tahun 1995 yang menyimpulkan bahwa suatu putusan hakim dapat dikategorikan sebagai yurisprudensi apabila memenuhi unsur-unsur:²²

1. Putusan atas suatu peristiwa hukum yang belum jelas pengaturan perundang-undangannya
2. Putusan tersebut harus merupakan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap
3. Telah berulangkali dijadikan dasar untuk memutus perkara yang sama
4. Putusan tersebut telah memenuhi rasa keadilan
5. Putusan tersebut dibenarkan oleh Mahkamah Agung

Dalam berbagai literatur disebutkan yurisprudensi diakui sebagai salah satu sumber hukum dalam sistem hukum Indonesia di samping sumber-sumber hukum lainnya²³, namun demikian tidak diakui doktrin *stare decisis* atau *the binding force of precedent*, artinya yurisprudensi bukan merupakan sumber hukum yang bersifat mengikat bagi hakim.

Dalam perkembangannya, sistem hukum Indonesia mengenal dua bentuk yurisprudensi, yaitu yurisprudensi tetap dan yurisprudensi tidak tetap²⁴. Disebut yurisprudensi tetap apabila terjadi karena suatu rangkaian atau rentetan keputusan-keputusan yang sama, atau karena beberapa keputusan yang merupakan keputusan baku, yaitu keputusan yang menjadi standar peradilan. Sebagai contoh adalah putusan *Hoge Raad* yang diakui dan diterapkan di Indonesia melalui asas konkordansi, yaitu

20 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm 113.

21 Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009, hlm 48.

22 Ibid, hlm 11.

23 Sumber hukum yang digunakan dalam sistem hukum Indonesia meliputi: 1. Undang-undang; 2. Kebiasaan dan adat yang dipertahankan dalam keputusan dari yang berkuasa dalam masyarakat; 3. Traktat; 4. Yurisprudensi; 5. Pendapat ahli hukum yang terkenal (doktrin).

24 Ibid, Hlm 126-128.

putusan HR tanggal 23 Mei 1921 tentang pencurian listrik, dan putusan ini menjadi yurisprudensi tetap di Indonesia. Sedangkan yurisprudensi tidak tetap, adalah yurisprudensi yang belum melalui uji eksaminasi dan notasi tim yurisprudensi hakim, dan belum ada rekomendasi sebagai yurisprudensi tetap.²⁵

Kemungkinan penerapan yurisprudensi sebagai alternatif untuk mengatasi definisi yang tidak jelas sangat dimungkinkan. Karena dengan adanya penggunaan yurisprudensi secara tetap dapat membantu hakim untuk menyamakan suatu persepsi dalam menafsirkan suatu kata yang dapat menimbulkan suatu ketidakpastian.

Penerapan undang-undang tidak tergantung pada putusan hakim sebagai pelaksana, undang-undang hanya terikat pada dirinya sendiri dan lembaga pembuatnya. Sehingga jika terjadi suatu kekeliruan maka yang memiliki kewenangan untuk memperbaiki adalah lembaga pembentuknya saja.

Kelemahan dari undang-undang adalah apabila terdapat suatu perkembangan dalam masyarakat yang mana undang-undang belum mengakomodir hal tersebut, atau tidak memberikan definisi yang jelas tentang suatu perbuatan maka akan menimbulkan waktu yang cukup lama untuk membuat suatu perubahan.

Undang-undang merupakan suatu produk demokrasi yang dihasilkan dari suatu lembaga legislative. Maka beban berada di tangan legislative untuk dapat merumuskan suatu ketentuan pidana peran hakim dalam hal ini pada dasarnya tidak terlalu menjadi focus utama. Dalam aliran legisme sebagai salah satu dasar pemikiran dari aliran positivisme hukum yang merupakan dasar dari pemikiran hukum di Indonesia, dianggap tidak ada hukum diluar undang – undang. Atas hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa undang – undang diharapkan senantiasa dapat memecahkan segala persoalan yang timbul dalam masyarakat.

Apabila ditelaah lebih lanjut mengenai perbandingan perkembangan peraturan perundang-undangan dan perkembangan permasalahan yang timbul dalam masyarakat, dapat ditemukan kenyataan bahwa pada dasarnya perkembangan peraturan perundangan – undangan akan berada di belakang perkembangan permasalahan dalam masyarakat, karena perkembangan permasalahan dalam masyarakat bergulir seiring dengan perkembangan masyarakat itu sendiri yang sifatnya lebih progresif apabila dibandingkan dengan perkembangan peraturan perundang – undangan. Terutama dalam peraturan perundang-undangan dalam konteks hukum pidana, akibat adanya suatu asas legalitas yang secara tegas dinyatakan dalam rangka penegakan hukumnya maka sudah

25 Ahmad Kamil dan Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Kencana, Jakarta, 2004, hlm 12

hampir dapat dipastikan bahwa perkembangan peraturan perundang – undangannya akan berada di belakang perkembangan permasalahan yang timbul dalam masyarakat.

Selain daripada perkembangan peraturan perundang-undangan yang tertinggal dari perkembangan permasalahan dalam masyarakat, suatu peraturan perundang-undangan juga tidak dapat menampung segala permasalahan yang terjadi dalam kehidupan bermasyarakat secara mendetil, akibat terlalu luasnya atau kompleksnya permasalahan dalam masyarakat tersebut. Bahkan terkadang suatu perundang-undangan dibuat dengan tidak terlalu mendetail demi tercapainya tujuan pokok dari pembentukan undang-undang tersebut.

Dalam kaitannya dengan uraian mengenai perbandingan antara perkembangan peraturan perundang-undangan dan perkembangan permasalahan dalam masyarakat serta permasalahan-permasalahan lain yang mungkin terjadi dalam penerapan suatu perundang-undangan diatas, penegakan hukum tidak dapat begitu saja ditangguhkan dengan alasan hukumnya belum ada atau peraturan perundang-undangannya belum lengkap. Hal tersebut dinyatakan secara eksplisit dalam Pasal 14 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1970 jo UU No 4 tahun 2004 mengenai Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang pada intinya menyatakan bahwa hakim tidak dapat dan tidak boleh menangguhkan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas. Apabila terjadi suatu permasalahan dalam penegakan hukum akibat belum ada atau kurang jelasnya hukum yang mengatur maka untuk menyelesaikannya dapat dilaksanakan suatu praktik penemuan hukum.

Dengan mengacu kepada teori yang secara umum dianut dalam ilmu hukum, yaitu *Stoffen des Recht* dari Hans Kelsen, undang-undang sebagai produk legislatif berisi kaidah-kaidah hukum mengatur (*regels*) yang bersifat umum dan abstrak (*abstract and general norms*). Pada pokoknya, bukanlah wewenang pembentuk undang-undang untuk menerapkan sesuatu norma hukum yang seharusnya bersifat umum dan abstrak ke dalam suatu peristiwa konkret, karena hal tersebut seharusnya merupakan wilayah kewenangan hakim malalui proses peradilan atau kewenangan pejabat tata usaha negara melalui proses pengambilan keputusan menurut ketentuan hukum admininstrasi negara.

Di negara-negara yang menganut sistem *civil law*, undang-undang merupakan sumber hukum utama. Sehingga pengadilan mendasarkan putusannya pada ketentuan yang terdapat dalam ketentuan perundang-undangan. Terkait dengan kasus yang akan diselesaikan, Pengadilan dapat melakukan penafsiran yang didasarkan pada prinsip-prinsip umum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan.

Tugas merumuskan hukum diserahkan sepenuhnya kepada ahli-ahli hukum dengan doktrin-doktrin tentang aspek hukum. Sejak abad

ke-19, ciri pokok dari keluarga hukum ini adalah sangat mengutamakan undang-undang (*legislation*) dalam bentuk kitab undang-undang (*code*).²⁶

Secara umum, hakim di negara-negara yang menganut sistem hukum civil memiliki peranan aktif dalam menentukan fakta-fakta dalam suatu kasus. Yang dimaksud penafsiran adalah yang digariskan oleh undang-undang berikut penjelasan. Pada saat dianggap sudah jelas timbulah interpretasi. Penafsiran timbul dimana terdapat celah antara definisi yang disampaikan oleh undang-undang berikut penjelasannya yang menimbulkan ketidakjelasan. Apabila kita melihat berbagai produk perundang-undangan yang ada, seringkali pembuat undang-undang hanya memberikan penjelasan “cukup jelas” yang ternyata dalam praktik pelaksanaannya ternyata menimbulkan suatu ketidakpastian dalam penerapan undang-undang.

Kata-kata/bahasa yang tidak jelas seringkali digunakan dalam suatu hukum/undang-undang karena banyak hal-hal umum yang ingin dijelaskan meskipun hal ini menimbulkan suatu ketidakpastian mengenai perbuatan apa yang sebenarnya ingin dilarang oleh pembuat undang-undang,²⁷ kekhawatiran juga timbul apabila kata-kata hukum tersebut memiliki perbedaan arti yang sangat jauh apabila dibandingkan dengan pengertian aslinya secara gramatikal. Tentu saja akan menimbulkan berbagai penafsiran khususnya bagi masyarakat sehingga menimbulkan ketidakpastian dalam penerapannya.²⁸

Scott Soames berpendapat bahwa perbedaan dalam melakukan penafsiran, ketidakjelasan dalam hukum menyebabkan dibutuhkannya suatu penafsiran hukum. Tugas dari penafsiran adalah untuk memudahkan suatu pemisahan dalam suatu istilah hukum termasuk tujuan dari penggunaannya. Jika pembuat undang-undang tidak menjelaskan hal ini secara implisit maka tugas dari penafsiran untuk memberikan penjelasannya dalam hal ini membentuk suatu pengertian baru tentang hukum.²⁹ Berdasarkan hal ini dapat dikatakan bahwa hakim dapat membentuk suatu hukum melalui mekanisme penafsiran suatu perundang-undangan yang tidak jelas terlebih lagi jika penafsiran tersebut diakui dan disahkan. Oleh karena itu penafsiran merupakan suatu hal yang pasti dibutuhkan untuk menghadapi suatu ketidakjelasan atau ambiguitas dalam pengertian suatu undang-undang.

Negara-negara *Common law* (dalam hal ini Inggris) yang

26 Romli Atmasasmita, *Op.cit*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009, hlm 41-42.

27 George C. Christie, *Vagueness and Legal Language*, 48 minn. L. Rev. 889–890 (1963–1964).

28 O’ lafur pa’ ll jo’ nsson, *Vagueness, Interpretation and The Law*, Legal Theory, 15 (2009), 193–214. C_ Cambridge University Press, 2009 0361-6843

29 Scott Soames, *Interpreting Legal Texts: What Is, And What Is Not, Special About Legal Texts*, In 1 Philosophical Essays 419 (2008)

menempatkan putusan hakim (*case law*) sebagai sumber hukum utama dalam menghadapi masalah ketidakjelasan dalam suatu peraturan perundang-undangan selain menggunakan metode interpretasi juga menggunakan putusan hakim yang mengikat melalui asas *binding precedent*. Akan tetapi, tidak demikian halnya dengan Indonesia yang meskipun mengakui juga putusan hakim sebagai sumber hukum akan tetapi putusan tersebut tidak mengikat bagi hakim selanjutnya dan terkadang terhadap satu hal tertentu terdapat berbagai bentuk penafsiran dan tetap dilegitimasi. Asas *binding precedent* juga tidak diterapkan dalam sistem hukum Belanda meskipun dalam perkembangannya terdapat kecenderungan pengadilan di Belanda menggunakan yurisprudensi dalam memutuskan suatu perkara.

Undang-undang pada dasarnya merupakan sumber hukum baik di dalam sistem hukum Inggris maupun dalam sistem hukum Indonesia. Perbedaannya adalah pada kedudukan undang-undang sebagai sumber hukum. Undang-undang dalam sistem hukum Indonesia merupakan sumber hukum yang utama sedangkan dalam sistem hukum Inggris sumber hukum utamanya adalah putusan hakim (*case law*), undang-undang hanyalah merupakan sumber hukum tambahan.

Pada sistem hukum Indonesia dan Belanda, hakim dalam membuat putusan didasarkan pada undang-undang tanpa ada kewajiban untuk melihat pada putusan sebelumnya dalam kasus yang sama, sehingga dalam putusannya antara hakim yang satu dengan hakim yang lain dapat membuat putusan yang sama ataupun berbeda tergantung pada pemahamannya dan penafsirannya terhadap suatu rumusan peraturan perundang-undangan. Sedangkan pada sistem hukum Inggris, hukum berkembang melalui putusan hakim, dan pada dasarnya menjadi sangat kaku mengingat hakim tidak dapat bergerak bebas dalam membuat suatu putusan karena hakim meskipun perbuatan tersebut diatur dalam undang-undang akan tetapi hakim harus mengacu pada putusan sebelumnya untuk memutus suatu perkara (*binding precedent*) yang sama.

Kekakuan yang ditimbulkan dalam penerapan suatu putusan hakim ini dapat berakibat bahwa suatu putusan yang kurang baik dapat berlaku dalam kurun waktu yang lama sampai terdapat putusan dari pengadilan yang lebih tinggi untuk membatkalkannya (*overrule*). Untuk mendapatkan suatu perubahan terhadap suatu putusan hakim terdahulu juga bukan suatu hal yang mudah, kecuali ada seseorang yang memiliki uang dan kekuatan untuk membuat suatu *precedent* baru melalui pengadilan yang lebih tinggi.³⁰

Tujuan adanya aturan hukum yang tertulis dalam konteks asas

30 Catherine Elliot dan Frances Quinn, *English Legal Sistem*, Pearson Education Limited, England, 2004, hlm 26-27

legalitas adalah kepastian hukum meskipun, pada faktanya jika undang-undang tersebut tidak memberikan suatu perumusan yang jelas, tujuan dari kepastian hukum ini juga tidak dapat tercapai. Ternyata apabila dikaji lebih lanjut, keberadaan *judicial precedent* dalam sistem hukum Inggris memiliki keuntungan yang sama dengan tujuan yang ingin dicapai melalui pembentukan undang-undang yaitu kepastian hukum. Dengan adanya *Judicial precedent* para pihak khususnya terdakwa dapat memperkirakan bagaimana suatu kasus yang dihadapinya akan diselesaikan.³¹

Jika kita merujuk pada sistem hukum Indonesia terhadap kasus yang sama hakim dapat menjatuhkan suatu putusan yang berbeda-beda sehingga para pihak tidak dapat memprediksinya. Selain itu *judicial precedent* bergerak dari fakta sehingga lebih detil dan memberikan banyak informasi terhadap hal yang akan diputuskan yang mana hal ini berbeda dari undang-undang yang lebih fokus pada teori dan logika. Hal ini juga membantu dalam menghemat waktu berperkara dimana para pihak tidak perlu mengulangi opini-opini hukum terhadap perkara yang sama.³²

Efisiensi juga merupakan keuntungan dari *judicial precedent* jika dibandingkan dengan undang-undang, karena seperti diketahui hukum seharusnya fleksibel dalam menghadapi perubahan dalam masyarakat dan melalui *judicial precedent* perubahan ini dapat dilakukan lebih cepat dibandingkan dengan undang-undang yang membutuhkan waktu lebih lama karena harus diubah oleh pembentuk undang-undang itu sendiri dalam hal ini legislative. Meskipun perubahan melalui *judicial precedent* menunjukkan suatu putusan yang tidak demokratis³³ apabila dibandingkan dengan undang-undang yang dianggap lebih demokratis karena dibentuk oleh parlemen yang merupakan perwakilan dari rakyat.

Keberadaan *judicial precedent* dalam sistem hukum Belanda sendiri meskipun dalam putusannya, Hoge Raad mengutip putusannya sebelumnya tidak lantas melegitimasi adanya *binding precedent*. Hal ini dikarenakan kutipan tersebut dipergunakan untuk kasus-kasus yang berlanjut dan apabila digunakan untuk membatalkan (*overrule*) suatu *precedent*.³⁴

Negara-negara *common law* seperti Inggris dan Amerika menerapkan *stare decisis*³⁵ secara vertikal dalam hal ini pengadilan yang lebih rendah harus mengikuti putusan pengadilan yang lebih tinggi. Dalam sistem

31 Ibid, hlm 25

32 O A Haazen, *Precedent in Netherlands*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol 11.1, May 2007, hlm 2 www.ejcl.org, diunduh pada tanggal 17 Desember 2011,

33 Catherine Elliot dan Frances Quinn, op.cit, hlm 28.

34 O A Haazen, *op.cit*, hlm 4

35 Hierarki *precedent*, pengadilan yang lebih rendah wajib mengikuti keputusan pengadilan yang lebih tinggi.

hukum Indonesia termasuk juga Belanda konsep *stare decisis* tidak berlaku dimana tidak ada kewajiban bagi pengadilan yang lebih rendah (PN maupun PT) untuk mengikuti putusan dari Mahkamah Agung maupun Hoge Raad di Belanda. Penerapan *stare decisis* secara *vertical* pada dasarnya berdampak pada adanya suatu keseragaman putusan.³⁶ Di satu sisi keseragaman putusan ini menurut pandangan penulis memiliki suatu keuntungan khususnya terhadap suatu pengertian atau ketentuan yang tidak jelas.

Jika dilihat dari kebutuhan Indonesia saat ini dimana terdapat banyak perumusan undang-undang yang tidak jelas dan tidak terdapat penjelasan yang lebih lanjut dari undang-undang itu sendiri tentu saja dibutuhkan suatu keseragaman dalam memberikan suatu penafsiran terhadap satu unsur tindak pidana. Dalam konteks ini penerapan *stare decisis* secara *vertical* menjadi suatu alternatif yang dapat dipertimbangkan untuk mewujudkan suatu kepastian hukum.

Pada sistem *common law*, *judicial precedent* merupakan sesuatu yang wajib diikuti (*binding*) dan terkadang menjadi suatu permasalahan tersendiri dimana hukum menjadi tidak berkembang, hakim pemikirannya menjadi terbatasi dan tentu saja hal ini bertolak belakang dengan konsep hukum di Indonesia sendiri dimana hakim wajib menggali nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang di masyarakat.

Meskipun *judicial precedent* menjadi suatu alternatif yang dibutuhkan untuk mewujudkan suatu persamaan penafsiran akan tetapi untuk menjadikannya sesuatu yang mengikat seperti halnya dalam sistem *common law* menurut penulis belum dapat diberlakukan saat ini secara absolute kecuali untuk beberapa hal tertentu khususnya terhadap tindak pidana yang berasal dari Konvensi Internasional seperti Genosida. Belanda sendiri meskipun dalam perkembangannya telah menggunakan *judicial precedent* akan tetapi tidak lantas menjadikannya sebagai *binding precedent*. Dalam hal ini Belanda cenderung fleksibel dengan tetap memberikan kebebasan pada hakim ditingkat pertama maupun banding untuk tetap memutus sendiri tanpa harus mengikuti keputusan hakim sebelumnya.

Meskipun *judicial precedent* merupakan solusi yang dibutuhkan oleh Indonesia pada saat ini sebagai sarana memberikan penafsiran yang sama dalam suatu unsur tindak pidana akan tetapi tidak serta merta *judicial precedent* tersebut menjadi mengikat tetapi menjadi sesuatu yang harus dipertimbangkan oleh Hakim dalam memutuskan suatu perkara.

4. Catatan penutup

Berdasarkan analisis di atas dapat disimpulkan bahwa dalam perumusan

36 O A Haazen, *op.cit*, hlm 6

suatu tindak pidana pembuat undang-undang masih belum menerapkan prinsip *lex stricta* yang merupakan konsekuensi dari asas legalitas sehingga masih terdapat perumusan tindak pidana yang menimbulkan pengertian ganda (multitafsir) dan undang-undang sendiri tidak memberikan suatu penjelasan yang memadai tentang suatu unsur tindak pidana.

Yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum dapat digunakan sebagai salah satu cara untuk mengatasi penafsiran hakim yang berbeda-beda. Upaya penerapan yurisprudensi ini tidak serta merta harus diikuti dengan konsep *binding precedent* dan *stare decisis* dalam sistem *Common Law* (Inggris) tetapi diharapkan hal ini berkembang melalui praktik hakim dalam memutus perkara.

Permasalahan ketidakjelasan unsur/element dalam peraturan perundang-undangan ini pada dasarnya dapat diselesaikan melalui beberapa solusi yaitu antara lain:

1. Pembuat undang-undang dalam merumuskan suatu perbuatan pada dasarnya sedapat mungkin memberikan suatu definisi yang jelas dan tidak membingungkan bagi masyarakat dan khususnya aparat penegak hukum. Pembuat undang-undang sedapat mungkin memberikan suatu bentuk penafsiran dalam undang-undang itu sendiri dalam hal ini pada bagian penjelasan untuk membatasi penafsiran yang dapat keluar dari tujuan pembentukan undang-undang itu sendiri. Hal ini sejalan dengan konsekuensi dari asas legalitas bahwa suatu perundang-undangan harus dirumuskan secara jelas (*lex stricta*)
2. Mahkamah Agung selaku pemegang kekuasaan hukum tertinggi dapat memberikan suatu batasan atau kategori yang jelas melalui panduan (SEMA) tentang penafsiran suatu perbuatan dalam undang-undang yang dirasakan tidak jelas sehingga hakim-hakim pada tingkat di bawahnya dapat menafsirkan suatu unsur/perbuatan tanpa menyimpang dari suatu ketentuan yang disepakati.
3. Jika kita menginginkan agar suatu putusan hakim menjadi suatu yang mengikat tentu saja tidak dapat berubah dengan sendirinya, kebebasan hakim harus tetap dijaga sehingga untuk keberadaan *binding precedent* bukan menjadi suatu keharusan akan tetapi tetap menjadi suatu pilihan yang diserahkan kepada hakim itu sendiri.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-Buku

Ahmad Kamil dan Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Kencana, Jakarta, 2004

Catherine Elliot dan Frances Quinn, *English Legal Sistem*, Pearson Longman, England, 2004

E Utrecht, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*

Human Rights Watch, *Genosida, Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan, Saripati Kasus-Kasus Pelanggaran Ham Berat dalam Pengadilan Pidana Internasional untuk Rwanda*, Jilid I, Elsam, Jakarta, 2007

J M van Bemmelen, *Hukum Pidana*, Bina Cipta, Bandung, 1987

Jan Remmelink, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undangundang Hukum Pidana Belanda dan Padannanya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Jakarta, 2003

Lawrence B Solum, *The Interpretation-Construction Distinction, Constitutional Commentary*, 2010.

Marry Ann Glendon, et all, *Comparative Legal Traditions, Text Material and Cases on the Civil and Common law Traditions, with Special Reference to French, German, English and European Law*, West Publishing Co, St Paul Minnesota, 1984

P A F Lamintang dan Djisman Samosir, *Delik-Delik Khusus Kejahatan yang Ditujukan terhadap Hak Milik dan Lain-Lain Hak yang Timbul dari Hak Milik*, Tarsito, Bandung, 1995.

Roelof H. Heveman, *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*, Tata Nusa, Jakarta, 2002

Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009

Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006

Schaffmeister, N Keizer dan PH Sutorius, *Hukum Pidana*, Liberty, Yog-yakarta, 2003.

Perundang-Undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Statuta Roma 1998

Penetapan Presiden No 1 Tahun 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan
dan/atau Penodaan Agama

Jurnal

George c. Christie, *Vagueness and Legal Language*, 48 minn. L. Rev. 889–890 (1963–1964).

O A Haazen, *Precedent in Netherlands*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol 11.1, May 2007.

O' lafur pa'll jo' nsson, *Vagueness, Interpretation and The Law*, Legal Theory, 15 (2009), 193–214. C_ Cambridge University Press, 2009 0361-6843

Scott Soames, *Interpreting Legal Texts: What Is, And What Is Not, Special About Legal Texts*, In 1 Philosophical Essays 419 (2008)

Sumber Lainnya

http://www.politicalinformation.net/encyclopedia/Common_law.htm

www.ejcl.org

3

TAHAPAN KRITIKAL DALAM PENGEMBANGAN SISTEM HUKUM PIDANA YANG BERADAB

Constantijn Kelk

Dalam tulisan ini akan ditelaah tiga tahapan penting (kritikal) dalam proses penegakan hukum pidana yang besar pengaruhnya baik bagi perlindungan otonomi terdakwa maupun integritas proses penegakan hukum pidana.

Tahapan tersebut di atas dipandang penting atau kritikal satu dan lain karena di dalamnya terwujud tarik menarik antara kepentingan mencari kebenaran serta menjatuhkan pidana paling tepat dengan segala kewenangan represif penguasa yang terkait dengannya, pada satu pihak, dengan kepentingan memberikan perlindungan hukum pada perseorangan yang ditempatkan dalam kerangka kepatutan yuridis pada lain pihak. Khususnya berkenaan dengan yang disebut terakhir persoalan terpenting ialah bagaimana mengembangkan hukum pidana beradab dalam kerangka negara hukum (*rechtsstaat*).

Tahapan-tahapan demikian akan sangat menentukan nasib terdakwa, tidak saja pada satu saat tertentu (dalam tahapan proses pemeriksaan pidana), namun di masa-masa selanjutnya bahkan jauh ke depan. Karena bagi terdakwa banyak hal dipertaruhkan dan ditentukan pada tahapan-tahapan tersebut, penulis akan berbicara tentang tahapan kritis (*critical stages*). Dengan ini penulis maksudkan:

- a. penahanan dan pemeriksaan pertama oleh polisi berkaitan dengan proses penyelidikan/penyidikan tindak pidana komunal, termasuk ke dalamnya metoda penyidikan khusus yang ditujukan bagi kriminalitas yang lebih berat seperti kejahatan terorganisir atau terorisme,
- b. penentuan dan penetapan pidana (hukuman), ujung (*apotheose*) dari proses pidana, yang bagi hakim merupakan bagian dari kewenangan diskresionernya; pada saat sama akan diberi perhatian khusus pada proses peradilan terdakwa anak-anak di bawah umur, penanganan perkara-perkara pidana oleh Kejaksaan (*Openbaar*

Ministerie/OM) melalui transaksi dan strafbeschikking (penjatuhan pidana secara langsung oleh jaksa tanpa perantaraan hakim) dan juga pada mediasi (di dalam proses mana (kepentingan) korban dimunculkan kembali dalam proses penanganan tindak pidana);

- c. dan terakhir pelaksanaan (eksekusi) dari pidana terberat yang dijatuahkan, yakni pidana penjara, dalam konteks khusus dari lembaga-lembaga penitensier.

Ad. a. Penyidikan (*opsporing*) oleh Kepolisian

1. Pemeriksaan pertama oleh polisi

Saat pertamakali warga biasa sebagai tersangka dalam tindak pidana tiba-tiba bersinggungan dengan aparat negara ialah tatkala ia ditahan dan untuk pertama kali di periksa oleh polisi. Pada tahapan itulah terbentuk landasan yang akan menentukan kelanjutan proses pidana. Bukan tanpa alasan mengapa tahapan tersebut diakui sebagai tahapan kritis yang sangat menentukan. Sejalan dengan berlanjutnya proses dan perkembangan pemeriksaan, akan semakin sulit pula bagi aparat penegak hukum pidana untuk beralih dari pola pikir yang sudah terbentuk, mengubah atau menarik kembali pandangan mereka perihal duduk perkara yang sudah dikonstruksikan saat mereka mendapatkan pertama kali keterangan dari terdakwa, bahkan untuk meninggalkan itu semua sama sekali.

Sebab itu dalam tahap pertama di atas sangat penting untuk bertindak sangat cermat dan hati-hati: haruslah dicegah tersangka memberi keterangan di bawah tekanan yang terlalu berat.

Hal di atas penting tidak saja demi menjaga berjalannya proses pidana yang adil bagi terdakwa, melainkan juga dalam rangka menjaga intergritas dan kecermatan proses penegakan hukum pidana sedemikian sehingga ketidakadilan oleh lembaga penegak hukum (*miscalriages of justice*) dapat dicegah dan terpenuhinya syarat-syarat baku dan asas-asas internasional sebagaimana termaktub dalam perjanjian-perjanjian internasional seperti EVRM¹ dan ICCPR.²

Paradoksnya di sini, namun demikian, ialah kenyataan bahwa jalannya proses pidana dicirikan oleh pergeseran dari proses yang semula *inquisitoire* menjadi semakin *accusatoire*. Pergeseran mana dapat dikatakan masuk akal (logis) mengingat adanya prioritas untuk memajukan kepentingan mencari dan mengungkap kebenaran dan selanjutnya kepentingan berikutnya untuk melanjutkan pemeriksaan,

¹ *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (Konvensi Eropa untuk Hak Asasi Manusia).

² *International Covenant on Civil and Political Rights*, New York 1966 (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik)

misalnya perihal keadaan kepribadian pelaku serta situasi-kondisi yang melingkupi perbuatan yang dilakukan pelaku tindak pidana. Seiring dengan perkembangan proses pemeriksaan, meningkat pula jaminan-jaminan (perlindungan) hukum yang sedianya harus diberikan kepada terdakwa, satu dan lain dalam rangka mengoptimalkan kecermatan dan keabsahan setiap langkah dalam proses penyidikan.

Kendati begitu, *setiap tindak pemeriksaan yang dilakukan terhadap tersangka/terdakwa*, baik yang dilakukan oleh seorang pejabat polisi atau oleh hakim, harus dilakukan dengan memperhatikan sejumlah syarat dasar yang ditujukan untuk menjaga dan menjamin otonomi tersangka/terdakwa dan kebebasannya untuk memberikan keterangan. Ini merupakan hal yang sangat penting mengingat situasi di mana pemeriksaan (pengambilan keterangan) pada prinsipnya dilakukan dalam kondisi ketidaksetaraan. Sebab pejabat penyidik memiliki sejumlah sarana paksa (*dwangmiddelen*) yang memungkinkannya merampas kemerdekaan tersangka. Kiranya ancaman untuk menggunakan sarana paksa demikian seringkali cukup untuk ‘memaksa’ tersangka memberi keterangan yang diminta.

- ❖ Pertama-tama pejabat penyidik yang memeriksa tersangka dilarang untuk melakukan apapun juga yang bertujuan membuat tersangka memberi keterangan tidak dalam keadaan bebas (Pasal 29 Ned Sv.).³
- ❖ Di samping itu, undang-undang menetapkan bahwa tersangka/terdakwa dalam proses pemeriksaan tidak diwajibkan untuk menjawab. Dengan kata lain, ia memiliki hak untuk diam atau tidak menjawab (*zwijgrecht*).
- ❖ Selanjutnya, pejabat yang melakukan penyidikan atau pemeriksaan harus dengan tegas (*expressis verbis*) memberitahu tersangka/terdakwa akan hak-nya tersebut di atas, satu dan lain karena barangsiapa yang tidak mengetahui apa haknya nyata tidak akan dapat menggunakannya. Inilah yang disebut sebagai ‘cautieplich’ (kewajiban untuk menginformasikan tersangka/terdakwa bahwa ia memiliki hak untuk diam) dari pejabat pemeriksa.

Ketentuan-ketentuan di atas mengejewantahkan prinsip bahwa terdakwa baik secara langsung maupun tidak langsung tidak boleh dipaksa memberikan keterangan yang memberatkan dirinya sendiri (Pasal 14 ayat 3 sub g ICCPR). *The privilege against self-incrimination or the right of silence* (hak istimewa untuk tidak memberikan keterangan yang memberatkan diri sendiri atau hak untuk diam) merupakan prinsip yang diakui masyarakat internasional yang sekaligus merupakan bagian pen-

3 Sv.: Wetboek van Strafvorderingen (Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana Belanda).

ting dari proses pidana yang adil (*fair trial*). Demikianlah pula ditegaskan oleh EHRM⁴ (EHRM 5 november 2002, NJ 2004, 262). Asas *nemo-tenetur* (*seipsum accusare: the right not incriminate oneself*) kiranya tidak secara tegas termuat di dalam perundang-undangan pidana Belanda, namun sebaliknya dapat dikatakan bahwa sudah dengan sendirinya di dalam hukum pidana Belanda berlaku prinsip '*fair trial*' (Pasal 6 EVRM). Hal mana sekaligus memuat kewajiban untuk menjaga dan menghormati tersangka/terdakwa: ia tidak boleh diwajibkan memberikan keterangan yang akan mencelakakan dirinya sendiri.

Ketentuan-ketentuan yang disebut di atas ihwal pemeriksaan tersangka/terdakwa sedianya dimaksud untuk mencegah terdakwa akan ditempatkan di bawah tekanan, dipaksa, diancam, diintimidasi dengan keras atau dibujuk atau melalui tipu daya, sedemikian sehingga ia memberi keterangan yang tidak benar atau keliru.

Kiranya juga jelas bahwa menyiksa dilarang dipergunakan sebagai sarana untuk memperoleh keterangan. Hal mana juga dilarang oleh ketentuan Pasal 3 EVRM. Selain itu oleh hakim juga dinyatakan sebagai tekanan yang terlalu berat tindakan atau perlakuan membawa pulang pergi tersangka yang bungkam setiap hari dari rumah tahanan (tempat ia ditempatkan dalam tahanan sementara) ke kantor polisi.

Ada cukup alasan untuk dapat menjalankan *kontrol atau mengawasi proses pemeriksaan yang dilakukan polisi*. Demikian, maka dalam kasus-kasus berat (setidak-tidaknya jika perkaryanya menyangkut tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara selama-lamanya 12 tahun atau lebih), proses pemeriksaan polisi akan direkam baik dalam bentuk video atau audio dan dibuatkan register rekamannya.

Satu masalah yang dianggap penting dan dibicarakan oleh para pakar hukum pidana sejak bertahun-tahun lalu, berkenaan dengan kehadiran pembela/penasihat hukum dalam proses pemeriksaan polisi. Sampai sekarang hal ini belum terwujud, namun tercatat adanya kemajuan sedikit. Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa pada 2009⁵ mempertimbangkan bahwa ketentuan Pasal 6 EVRM harus ditafsirkan memuat syarat bahwa tersangka sudah sejak pemeriksaan pertama oleh polisi harus mendapatkan pendampingan hukum (*access to lawyer*), satu dan lain, karena "*national laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stage of police interrogation which are decisive for the prospect of the defence in any subsequent criminal proceedings*'. (hukum nasional dapat mengaitkan dampak tertentu pada perilaku atau sikap tersangka sejak awal pemeriksaan polisi yang kiranya akan besar pengaruhnya terhadap

4 Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg (Mahkamah atau Pengadilan Hak Asasi Manusia di Strasburg).

5 EHRM 27 november 2009, Case of Salduz v. Turkey.

peluang pembelaan dalam proses pidana selanjutnya).

Dasar pertimbangan Pengadilan di atas untuk memberikan prioritas pada hak mendapatkan bantuan/pendampingan hukum (*access to lawyer*) dilandaskan pada tiga hal: 1. keniscayaan untuk melindungi tersangka/terdakwa terhadap '*abusive coercion on the part of the authorities*' (pemaksaan sewenang-wenang oleh pejabat), 2. mencegah munculnya putusan yang tidak adil (*miscalriages of justice*) dan 3. prinsip kesetaraan sarana atau kesempatan yang sama (*equality of arms*) antara terdakwa dengan lembaga penuntut umum. Lagipula nyata bahwa dalam dan selama proses pemeriksaan tersangka/terdakwa berada dalam posisi rentan. *Access to lawyer* di sini tidak sekadar berarti kehadiran pengacara/penasihat hukum selama proses pemeriksaan, namun setidak-tidaknya hak tersangka untuk berkonsultasi dengan penasihat hukum sebelum dilakukan pemeriksaan. Ini tidak hanya berlaku bagi tersangka anak di bawah umur. Karena sebagaimana dinyatakan oleh Pengadilan dalam putusan-putusannya pasca 2009, tindakan secara sistematis mencegah kehadiran penasihat hukum sebelum dilakukan pemeriksaan (polisi) dianggap pelanggaran terhadap hak untuk mendapatkan pendampingan hukum, yang juga berlaku bagi tersangka dewasa.

Setiap korps kepolisian (di Belanda) kiranya mengenal komisi yang menerima pengaduan berkenaan dengan pelanggaran hukum/disipliner yang dilakukan anggota kepolisian (*Politieklaachcommissie*). Komisi ini beranggotakan warga biasa dan memiliki tugas menerima dan memeriksa pengaduan yang disampaikan warga perihal bagaimana polisi melaksanakan tugas yang diembannya. Di sini ihalnya ialah cara bagaimana warga diperlakukan oleh polisi yang sedang mengembangkan tugas resmi yang dipercayakan kepadanya. Ilustrasi dari situasi demikian muncul misalnya dalam kejadian seorang warga yang diperiksa dan diproses polisi yang menindaknya karena yang bersangkutan menyebrang jalan padahal lampu lalulintas untuk menyebrang jalan sudah berubah merah. Terjadi perselisihan dan baku bicara antara anggota polisi dengan warga tersebut yang menyatakan bahwa ia sudah menyeberang ketika lampu berubah dari hijau ke merah. Polisi yang merujuk pada otoritasnya dengan nada tinggi dan dengan angkuh membantah pernyataan tersebut dan kemudian, misalnya, memaki warga tersebut dengan sebutan keledai (*ezel*). Alhasil warga yang menjadi jengkel dan marah menolak memberikan surat-surat identitas diri yang diminta polisi dan sebagai akibatnya polisi menahannya dan dengan diborgol membawanya ke kantor polisi. Warga tersebut mengeluhkan perilaku polisi yang tidak patut dan tidak proporsional terhadapnya. Keluhan atau pengaduan demikian berkenaan dengan sikap tindak polisi terhadap warga akan ditangani terlebih dahulu secara internal oleh kepala seksi atau unit yang berbeda dari polisi yang bersangkutan. Tujuannya ialah menengahi sengketa yang muncul

antara warga dengan anggota polisi yang bersangkutan. Jika intervensi demikian tidak berhasil warga dapat membawa keluhannya kehadapan komisi pemeriksa pengaduan di atas. Komisi ini harus mendengarkan kedua-belah pihak.

Komisi pengaduan polisi (*politieklachtencommissie*) di atas akan memberikan advis kepada kepala polisi (dari wilayah kerja kepolisian terkait). Advis demikian biasanya selalu diikuti. Kepala polisi inilah yang kemudian akan menyampaikan putusannya tentang perkara yang diadukan kepada warga yang mengajukan pengaduan.

Persoalan kepatutan perlakuan polisi terhadap warga, namun demikian, masih juga dapat disampaikan ke hadapan *Ombudsman nasional*. Lembaga ini selanjutnya akan menilai dan memutus patut atau tidak patutnya sikap tindak atau perilaku pejabat pemerintah (mencakup pemerintah dalam arti luas) yang dikeluhkan warga dan disampaikan kehadapannya. Putusan demikian tidak memiliki kekuatan mengikat, namun disampaikan kepada dinas pemerintahan terkait dan parlemen Belanda.

Diumumkannya (atau dibukanya untuk umum) rekomendasi Ombudsman diandaikan akan mendorong upaya perbaikan situasi atau sikap tindak tertentu yang berada di bawah tanggung jawab pemerintah, terutama yang tidak (lagi) lewat jalur yuridis lainnya dapat diuji atau dikeluhkan kepatutan-kelayakannya.

Kesemua peluang untuk mengajukan pengaduan/keluhan dalam rangka menguji kelayakan/kepatutan sikap tindak pejabat negara merupakan ‘ikhtiar penghujung untuk mewujudkan negara hukum.’.

Keluhan atau pengaduan yang disampaikan berkenaan dengan pelaksanaan tugas represif dalam proses pemeriksaan tindak pidana (misalnya berkait dengan fakta ditahannya tersangka, fakta diperiksanya tersangka oleh polisi dstnya, terlepas dari persoalan bagaimana semua itu dilaksanakan) akan langsung disampaikan dan diperiksa oleh OM (*Openbare Ministerie/Kejaksaan*) atau kehadapan hakim.

Bilamana polisi, misalnya menggunakan kekerasan bersenjata (*wapengeweld*) tatkala melakukan penahanan, maka harus jelas bahwa hal itu dapat dibenarkan. Misalnya, karena adanya kebutuhan untuk melindungi diri sendiri atau orang lain dari serangan melawan hukum yang ditujukan terhadap kebendaan atau perseorangan. Dalam hal ini syarat subsidiaritas maupun proporsionalitas harus terpenuhi: artinya tidak tersedia cara pembelaan diri lain (*subsidiare*) dan lebih lanjut sarana yang digunakan haruslah tepat guna atau sebanding (*proportional*) dengan ancaman melawan hukum tersebut. Lebih jauh lagi, tuntutan polisi untuk bertindak cermat dan hati-hati muncul pula karena polisi pada dasarnya sudah terdidik dan terlatih secara profesional untuk menanggapi situasi ancaman demikian.

Tidak lama berselang ada kejadian sebagai berikut:

Segara setelah diterimanya laporan adanya perampokan di pasar swalayan di dalam lingkungan kerja unit kepolisian yang bersangkutan, polisi mencari seorang pria dengan ciri-ciri tertentu. Lagipula sebelumnya orang yang sama diduga mengancam orang lain. Petugas polisi menge-nali mobil serta ciri-ciri orang tersebut (tersangka) dan memaksanya menghentikan kendaraannya. Tersangka dengan mengeluarkan sebilah pisau ke luar dari mobilnya dan mengucap kata-kata ancaman dengan sangat kasar. Anjing polisi yang dilepas dan menyerbunya ia tikam. Anjing tersebut pada akhirnya selamat, namun akibat dari sikap tindaknya tersebut ia pada akhirnya ditembak polisi. Alhasil akibat luka tembak tersangka meninggal dunia. Oleh kepolisian nasional/diraja (*rijksrecherche*) kemudian dilakukan pemeriksaan perihal apa yang sebenarnya terjadi dan petugas polisi manakah yang melepas tembakan. Instruksi/pedoman penggunaan senjata api yang ada jelas menegaskan bahwa hanya apabila ada ancaman terhadap nyawa (siapapun juga), maka boleh dilepaskan tembakan.

Setiap kejadian penembakan kiranya berdampak jauh terhadap petugas polisi yang bersangkutan. Bahkan tindakan mencabut senjata api saja sudah bisa berdampak jauh terhadap petugas tersebut. Kerap kali situasi demikian yang memaksa petugas bertindak (mencabut bahkan menembakkan senjata) muncul tidak terduga dan tetap mengejutkan petugas polisi yang ditugaskan menangani kasus tertentu.

Setiap petugas polisi yang mengalami pengalaman traumatis akan mendapat bantuan pasca kejadian. Pertama-tama oleh kolega mereka sendiri yang pernah mendapat pengalaman serupa. Merekalah yang kerap sebagai pakar berdasarkan pengalaman sendiri (*ervaringsdeskundigen*). Kasus-kasus lebih berat, penanganan akan diserahkan kepada psikolog profesional yang berkeahlian khusus menangani trauma demikian.

Beberapa jurnalis criminal kerap melangkah lebih dari sekadar membuat reportase kriminal dan juga meluangkan banyak waktu untuk dalam beberapa kasus, khususnya kasus-kasus pidana yang tidak terpecahkan, melakukan penyidikan sendiri: acap mereka pergi menyambangi dan mewawancara saksi-saksi dan juga korban atau keluarga korban yang meninggal dunia bahkan kerap sejauh mungkin juga pergi mengunjungi tempat kejadian perkara untuk melakukan rekonstruksi kejadian. Seringkali mereka kemudian mempublikasikan temuan mereka tidak lagi secara netral (tidak berpihak), namun justru dengan sangat tendensius, dalam artian seolah-olah mereka berhasil membongkar kasus dan menunjuk pihak mana yang seharusnya dipersalahkan. Dalam hal demikian muncul risiko nyata bahwa hal itu akan memberi tekanan tidak kecil pada jalannya proses pidana. Melalui '*pre-trial publicity*' demikian, terbuka besar peluang untuk terjadinya

'trial by the media' yang mendahului (dan berdampak) terhadap ihtiar penemuan kebenaran melalui pengadilan pidana. Sebaliknya harus pula diperhatikan bahwa (adanya) keterbukaan proses peradilan pidana dalam negara hukum demokratis harus dipandang sebagai sarana kontrol demokratis terpenting.

Sebagai penutup di sini saya akan mengutip pandangan terkenal dan penting dari pendahulu saya Prof. Anthony Peters. Ia menyatakan bahwa: "Fungsi primer hukum ialah penataan ketertiban dalam rangka melindungi masyarakat, ataupun '*social engineering*', namun fungsi sekunder dari hukum, perlindungan (kepentingan) individu, dalam negara hukum merupakan dimesi yuridis penting: tugas hukum dalam konteks ini ialah bukan sekadar *policing society*, namun *policing the police*. Penormaan demikian memberikan pada hukum dimensi moral yang sangat menentukan karakter hukum dari hukum pidana".⁶

2. sikap tindak proaktif beranjak dari *wet bijzondere opsporingsbevoegheden* (wet-BOB//undang-undang kewenangan penyidikan khusus)

Dalam sepuluh tahun terakhir, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (*Wetboek van Strafvordering/Sv.*) dilengkapi dengan ketentuan-ketentuan hukum (*provisions of law*) perihal metode penyidikan khusus (*bijzondere opsporingsmethoden*) berkenaan dengan kejahatan-kejahatan berat, seperti kejahatan terorganisir dan terorisme (Pasal 126g dstnya Sv.). Penerapan dari ketentuan-ketentuan tersebut dilingkupi juga dengan sejumlah jaminan/perlindungan hukum (bagi individu): Penuntut Umum (*Officier van Justitie*) ialah pemegang otoritas utama, dan kadangkala untuk melakukan sejumlah hal tertentu tetap juga harus meminta dan mendapatkan persetujuan dari Hakim Komisaris (*Rechter Commissaris/R-C*). Apa yang menjadi persoalan di sini ialah tindakan (penyidikan) yang memiliki dampak jauh terhadap sejumlah hak asasi warga termasuk ke dalamnya *privacy* perseorangan. Kerap dipergunakan bantuan atau tenaga petugas penyidik khusus, satu dan lain karena mensyaratkan kemampuan teknis khusus.

Metode penyidikan khusus demikian dapat dipergunakan dalam dua kejadian berbeda:

- a. dalam kasus-kasus di mana adanya persangkaan atau dugaan kuat berdasarkan fakta atau situasi konkret bahwa seseorang tertentu melakukan suatu tindak pidana dan
- b. dalam situasi di mana ada kecurigaan atau persangkaan masuk akal adanya suatu kelompok (penjahat) yang berencana atau telah

⁶ A.A.G. Peters, *Het rechtkarakter van het strafrecht*, inaugurele rede (oratio dies) Utrecht, Kluwer 1972.

Tahapan kritis dalam pengembangan sistem hukum pidana yang beradab

mengakibatkan kejahatan. Dengan demikian, metoda tersebut dapat didayagunakan terhadap tersangka maupun yang belum menjadi atau bukan tersangka.

Dalam hal belum adanya tersangka, maka dapat kita katakan di sini adanya sikap tindak pro-aktif. Jadi tindakan prematur yang bersifat mendahului, bahkan kerap setelah dilakukan pemeriksaan pendahuluan (penyelidikan atau *exploring investigation*). Namun mengingat lingkup dan dampak sejumlah metoda-metoda khusus di atas yang begitu jauh (besar dampaknya), maka tidak boleh dilupakan dasar hukum untuk melandasi kewenangan pendayagunaan metoda tersebut. Di dalam praktiknya metoda-metoda tersebut pernah dipergunakan pada era 90'an, namun kemudian Parlemen mengajukan keberatan terhadapnya.

Tercakup ke dalam metoda-metoda demikian ialah, antara lain: penyidikan yang ditujukan terhadap telekomunikasi (*onderzoek aan telecommunicatie*), seperti penyadapan telepon dan pencarian informasi pada penyedia jasa layanan telekomunikasi (telepon, internet dll.), dan pelaksanaan operasi pengintipan/penyusupan (*inkijkoperatie*) (memasuki ruang/tempat tertutup dalam rangka menguping pembicaraan, dll), secara sistematis mengumpulkan informasi tentang tersangka (petugas penyidik menyusup masuk lingkungan hidup tersangka dan dengan menyamar (*undercover agent*) mencoba mengungkap jaringan relasi tersangka dan dengan siapa saja ia bergaul), infiltrasi (petugas penyidik menyusup masuk ke dalam lingkungan pergaulan tersangka, namun juga turut serta dalam kejahatan yang dicanangkan; Penuntut Umum/*Officier van Justitie* akan mengawasi ketat sikap tindak petugas polisi yang menyamar), dstnya.

*Undang-undang memuat sejumlah persyaratan ketat berkenaan dengan pendayagunaan metoda-metoda penyidikan khusus (*delicate opsporingsmiddelen*) di atas.*

Ad. b. Penetapan/penjatuhan hukuman dan cara penyelesaian perkara lainnya

1. Penetapan/penjatuhan hukuman (*straftoemeting*)

Penetapan/penjatuhan hukuman bagi setiap terdakwa adalah saat paling menegangkan dalam proses peradilan pidana. Bagi terdakwa banyak yang dipertaruhkan berkenaan dengan pidana (*straf*) atau tindakan (*maatregelen*) yang dijatuahkan: khususnya pidana perampasan kemerdekaan akan berdampak jauh terhadap situasi hidupnya sendiri, kehidupan keluarganya, masa depan pekerjaannya, dll. Namun, juga pidana harta (*vermogensstraf*), misalnya yang terkait dengan penyitaan harta kekayaan terdakwa atau denda yang berat dapat terasa sangat berat. Bahkan dalam banyak kasus juga penjatuhan pidana berupa

pengenaan kewajiban melakukan tugas atau kerja tertentu (*taakstraf* atau *werkstraf*), sekalipun dijalankan dalam keadaan tidak dirampas kemerdekaannya dan dalam jangka waktu tertentu, dapat terasa sangat berat bagi yang menjalani. Tahapan di mana jenis dan berat ringan sanksi pidana diputuskan kiranya layak dikualifikasikan sebagai “*critical stage*” (tahapan kritis).

Di dalam banyak budaya hukum pidana (barat), hakim pidana karena kepercayaan yang diberikan kepadanya, menikmati kewenangan diskresioner (*beleidsvrijheid/freies Ermessen*) yang cukup luas berkenaan dengan penetapan hukuman. Kebebasan demikian mencakup tidak saja pilihan bentuk-bentuk pemidanaan namun juga berat ringannya pidana yang dijatuhan. Ketentuan perundang-undangan (pidana) pada dasarnya hanya memuat untuk dan di dalam setiap setiap delik batasan pidana maksimal yang dapat dijatuhan, dan sebaliknya di dalam perundang-undangan hanya secara umum ditetapkan batasan minimalnya. Undang-undang Belanda kiranya tidak boros mengatur hal-hal apa yang selayaknya dipertimbangkan sebagai keadaan yang memberatkan atau meringankan pidana (perkecualian dari itu berkenaan pengulangan tindak pidana/*recidivie*⁷).

Pertimbangan penjatuhan pidana (*strafmotivering*) dalam putusan pengadilan merupakan bentuk pertanggungjawaban hakim pidana dalam memutus bentuk dan berat-ringannya pidana yang dijatuhan. Berkenaan dengan itu sejumlah patokan umum yang terpenting adalah sebagai berikut:

- a. tingkat keseriusan dari perbuatan yang secara konkret diperbuat (oleh pembuat undang-undang dirumuskan secara abstrak dalam rumusan ancaman hukuman maksimal di dalam ketentuan pidana);
- b. latarbelakang personal dan situasi-kondisi yang melingkupi pelaku tatkala ia melakukan tindak pidana. Latarbelakang demikian kiranya dapat memunculkan pemahaman mengapa pelaku melakukan apa yang dilakukannya dan dengan demikian berpengaruh terhadap pertimbangan untuk meringankan atau justru memperberat pidana yang dijatuhan.

Bagaimanapun juga hal yang dibicarakan di atas pada akhirnya harus dimaknai sebagai individualisasi penjatuhan pidana, khususnya dalam kasus-kasus pidana berat. Hal ini merupakan dampak dari aliran modern dalam hukum pidana. Aliran ini muncul pada akhir abad 19 dan awal abad ke-20, sejalan dengan perkembangan ilmu-ilmu perilaku

⁷ Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*Wetboek van Strafrecht*) memuat ketentuan (Pasal 43a) yang menentukan bahwa pidana penjara yang dijatuhan atas suatu kejahatan dapat ditambah dengan sepertiga bilamana pada saat kejahatan dilakukan belum berselang lima tahun sejak dijatuhkannya putusan pengadilan terhadap pelaku sama yang dinyatakan bersalah melakukan kejahatan sejenis.

dan humaniora seperti psikiatri, psikologi dan kriminologi. Ilmu-ilmu demikian memberi perhatian lebih pada kepribadian pelaku daripada hanya sekadar pada perbuatan dan tingkat keseriusan perbuatan yang dilakukan pelaku. Aliran modern memberi penekanan pada prevensi umum dalam arti pada upaya rehabilitasi delinkuen (pelaku). Jadi, tidak lagi sekadar pada ihtiar pembalasan.

Namun itu semua tidak sekaligus berarti bahwa kita harus mengabaikan kenyataan bahwa asas persamaan atau kesetaraan (*gelijkheidsbeginsel*) di dalam hukum pidana pada tahun-tahun belakangan ini semakin dianggap penting. Itu berarti bahwa perhatian kembali bergeser dari personalitas pelaku dan kembali tertuju pada penjatuhan pidana berat yang sebanding (dengan kejahatan yang dilakukan). Ini kiranya merupakan tanggapan terhadap perkembangan yang terjadi dalam periode yang lalu.

Demikianlah dalam beberapa tahun terakhir di dalam OM dikembangkan sejumlah panduan atau pedoman penuntutan terhadap banyak delik dalam kaitan dengan sejumlah ciri-ciri yang terkait dengan delik tersebut (misalnya apakah diperbuat dalam kombinasi dengan penggunaan senjata api atau dalam keadaan terpengaruh minuman keras). Betul bahwa hakim tidak terikat panduan yang berlaku bagi penuntut umum di atas, namun bagaimanapun juga ia akan tetap memperhatikan dan turut mempertimbangkan. Di samping itu, kekuasaan kehakiman juga mengenal dan memberlakukan sejumlah panduan atau pedoman umum yang berkaitan dengan sejumlah delik dan situasi-kondisi di mana delik diperbuat. Namun pedoman demikian murni bersifat mengikat secara internal.

Hanya dalam hal pengacara terdakwa atau OM secara tegas mengajukan argumentasi yang cukup beralasan berkenaan dengan pidana yang selayaknya dijatuhkan, hakim dapat menyimpangi ketentuan perundang-undangan. Namun sekaligus ia harus di dalam putusan akhir memberikan pertimbangan (*motivering*) mengapa pengecualian atau penyimpangan tersebut harus dilakukan (Pasal 359 ayat 2 Sv.).

Kiranya juga jelas bahwa dalam proses penjatuhan pidana sebagaimana diuraikan di atas, terdakwa tidak memiliki cukup perlindungan hukum.

Lagipula, pilihan sanksi yang dapat dijatuhkan dalam beberapa tahun ini meningkat pesat. Di samping pidana penjara dan denda serta pencabutan/penangguhan hak-hak tertentu (misalnya dalam hukum lalulintas berupa penangguhan atau pencabutan sementara waktu hak untuk mengemudikan kendaraan) diperkenalkan juga pidana pengenaan kewajiban melakukan kerja tertentu sebagai pidana pokok terpenting. Pidana kerja demikian (*werkstraf*), selama-lamanya 240 jam, dapat dijatuhkan terhadap kejahatan yang sekalipun diancam dengan pidana

penjara, namun juga sekaligus terlalu ringan untuk itu. Lagipula pidana pengenaan kewajiban kerja itu dapat dikenakan bersamaan dengan hukuman percobaan (penjara atau pidana badan singkat).

Selanjutnya ke dalam sejumlah tindakan (*maatregel*) yang tersedia, penyerahan/penempatan delinkuen yang menderita gangguan jiwa di lembaga psikiatri (rumah sakit jiwa) (*terbesckkingstelling ter behandeling van pyschisch gestoorde delinquenten*) dan pencabutan (pemusnahan) barang-barang tertentu yang dianggap berbahaya dari lalulintas peredaran barang (*onttrekking aan het verkeer van gevaarlijke geachte voorwerpen*) – perpanjangan keduanya setiap kali harus diputus oleh hakim - ditambahkan pula tiga jenis tindakan lainnya, (*maatregel*) lainnya:

- ❖ tindakan penyitaan keuntungan yang diperoleh dari hasil kejahatan (*ontnemingsmaatregel van onrechtmatig uit misdrijf verkregen voordeel*),
- ❖ tindakan untuk mengganti-kerugian yang diakibatkan kejahatan (*maatregel om de door het misdrijf betrokken schade te vergoeden*) yang dapat dijatuhan bersamaan dengan pengenaan pidana pokok;
- ❖ tindakan penempatan di lembaga tertentu yang ditujukan untuk itu (*maatregel van plaatsing in een daarvoor bestemde inrichting*), untuk selama-lamanya dua tahun, terhadap mereka yang bersalah memunculkan gangguan (ketertiban-keamanan) terus menerus (*stelselmatige overlastplegers*), khususnya mereka yang dalam waktu lima tahun berselang setidak-tidaknya telah dihukum tiga kali karena bersalah melakukan kejahatan yang menimbulkan gangguan (ketertiban-keamanan).

Semua tindakan di atas memiliki tujuan khusus menjaga keamanan. Dengan kata lain, melindungi masyarakat terhadap orang-orang berbahaya, barang-barang berbahaya dan situasi yang sangat tidak diinginkan. Dari sifatnya tindakan-tindakan di atas relatif berat karena tidak dimaksudkan sebagai pembalasan terhadap ketidakadilan yang muncul dari tindakan, melainkan berangkat dari postulat efisiensi pencapaian tujuan (kebertujuan/*doelmatigheid*).

Selanjutnya dapat pula ditambahkan bahwa jenis pidana serta bobotnya juga mengalami peningkatan: terpenting ialah hukuman penjara seumur hidup (*levenslange gevangenisstraf*). Selama beberapa dekade terakhir, dibandingkan paruh kedua abad lalu, pidana ini semakin sering dijatuhan. Kendati demikian, meningkatnya putusan penjatuhan hukuman penjara seumur hidup sekaligus memunculkan masalah kurangnya sel penjara untuk kepentingan itu. Maksimum pidana penjara sementara yang diancamkan di samping penjara seumur hidup (dalam hal pembunuhan/*moord*) pada 2006 ditinggikan dari duapuluhan tahun menjadi tigapuluhan tahun.

Mengingat bahwa kebanyakan sanksi pidana dapat dikombinasikan satu sama lain dalam satu vonis (putusan), maka dalam kerangka

Tahapan kritis dalam pengembangan sistem hukum pidana yang beradab

negara hukum (*rechtsstaat*) selalu dapat diajukan satu persoalan penting: proporsionalitas (kesetimbangan) yang perlu antara pidana (tunggal atau dalam kombinasi) dengan tingkat keseriusan perbuatan serta situasi-kondisi yang melatarbelakangi perbuatan tersebut. Ini serta merta juga berkaitan dengan prinsip-prinsip klasik hukum pidana abad ke-19. Maka itu bukan pula suatu hal yang langka bahwa hukuman (berat) yang dijatuhkan pengadilan tingkat pertama di tingkat banding kemudian dikurangkan, satu dan lain, beranjak dari sudut pandang penghukuman yang proporsional.

2. Hukum pidana anak (*jeugdstrafrecht*)

Tidak hanya pilihan sanksi pidana yang dijatuhkan, namun juga *prosedur* (hukum acara) dalam pengadilan anak berbeda jauh dari hukum pidana untuk pelaku dewasa. Akibat pengaruh aliran modern dalam pemikiran hukum pidana (lihat di atas) juga diperkenalkan hukum pidana anak khusus. Di samping itu kita temukan juga dikembangkannya tindakan-tindakan keperdataaan (misalnya pencabutan hak asuh, penempatan anak di panti asuhan) dalam rangka melindungi anak bukan kriminal (*non-delinkuen*) yang pendidikan atau tumbuh kembangnya terancam serius oleh situasi-kondisi immoral atau lingkungan yang tidak menguntungkan atau, dengan kata lain, anak bukan kriminal yang potensial menjadi criminal atau delinkuen karena lingkungannya. Selanjutnya pada 1922 mulai diperkenalkan dan didayagunakan pengadilan anak dan hakim anak.

Sekarang ini berlaku ketentuan bahwa anak dalam rentang umur 12 sampai 18 tahun akan dihadapkan pada hakim atau pengadilan anak (*kinderrechter*). Faktor yang menentukan apakah pelaku akan dihadapkan pada hakim anak atau pengadilan pidana biasa ialah umur pelaku tatkala tindak pidana diperbuat (Pasal 488 Sv.).

Namun demikian, bilamana OvJ (*Officier van Justitie*/Jaks) berpendapat bahwa harus dijatuhkan hukuman berupa penempatan pelaku di institusi untuk rehabilitasi anak (*inrichting voor jeugdigen*) (tidak persis sama dengan lembaga pemasyarakatan (lapas) anak) ataupun perampasan kemerdekaan lebih dari enam bulan, satu dan lain karena kompleksitas kasus ataupun adanya perbarengan yang melibatkan pelaku lain yang berumur lebih dari 18 tahun dan pemisahan (*splitsing*) tidak dimungkinkan, maka kasus tersebut akan disidangkan dihadapan majelis (yang juga beranggotakan hakim anak) (Pasal 495 Sv.).

Terdakwa (anak) wajib hadir dalam persidangan kasusnya. *Orang tua* atau *wali*-nya akan dipanggil untuk hadir dalam persidangan dan akan mendapat kesempatan untuk mengajukan pembelaan. Sidang anak dilakukan tertutup, terkecuali menurut pertimbangan ketua pengadilan

(voorzitter van den rechtbank) kepentingan keterbukaan persidangan untuk umum harus lebih diprioritaskan.

Kewenangan hakim anak lebih luas daripada hakim dalam peradilan pidana untuk pelaku dewasa. Demikian, maka hakim anak secara umum memiliki pengaruh lebih besar terhadap proses persidangan. Dalam penjatuhan penahanan sementera (*voorlopige hechtenis*), hakim pidana sekaligus menjalankan fungsi sebagai R-C (*rechter-commissaries*/ Pasal 492 Sv.), hal mana justru dilarang dalam hukum pidana untuk pelaku dewasa (Pasal 268 Sv.).

Dahulu hakim anak secara menyeluruh berfungsi sebagai R-C, yakni dengan tujuan melindungi kepentingan anak dari awal sampai akhir persidangan. Namun demikian, penggabungan fungsi di atas ke dalam satu orang (hakim anak) kemudian dibatasi dengan munculnya baik yurisprudensi Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (*Straatssburgse*) yang menegaskan pentingnya '*impartial tribunal*' sesuai ketentuan Pasal 6 ayat 1 EVRM (kasus *Hauschmidt*)⁸ maupun yurisprudensi *Hoge Raad*.

Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (EHRM) (24 Agustus 1993, *Nortier vs. the Netherlands*) sebaliknya memutuskan bahwa kemandirian atau impartialitas hakim yang memeriksa perkara tidaklah dikompromikan tatkala majelis dalam pemeriksaan pendahuluan (*vooronderzoek*) memerintahkan dilakukannya pemeriksaan psikologis.

Lebih lanjut, hakim anak juga memiliki kewenangan mempengaruhi atau turut menentukan tempat dan cara bagaimana pidana perampasan kemerdekaan (*vrijheidsstraf*) terpidana anak harus dilaksanakan serta juga penempatan di institusi rehabilitasi anak (tindakan (*maatregel*) mana ditempuh dalam rangka mendorong perbaikan perilaku dan kepribadian si anak): di dalam putusan akhir, hakim diperkenankan mengajukan advokat tentang itu semua. Selanjutnya Menteri Kehakiman (*minister van Justitie*) akan menentukan tempat pelaksanaan pidana yang dijatuhan.

Hakim pengadilan anak juga dilibatkan dalam urusan pengakhiran sanksi: dalam hal dijatuhan penempatan dalam institusi rehabilitasi anak, maka setiap dua tahun sekali, persoalan apakah sanksi ini dapat diperpanjang atau tidak harus diajukan kehadapan dan diputuskan oleh hakim pengadilan anak (tindakan demikian juga dapat dikenakan terhadap anak yang akibat menderita gangguan psikis tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana) dan selanjutnya hakim pengadilan anak juga menentukan apakah anak yang dikenakan penahanan di lembaga pemasyarakatan anak (*jeugddetentie*) dapat menikmati pembebasan bersyarat (Pasal 77j ayat 4 Sr.).

Hukum pidana anak bagaimanapun juga masih sangat dipengaruhi pemikiran atau semangat pedagogis, sekalipun sejak 1995 dapat kita

8 EHRM 24 mei 1989, A. 154.

tenggarai adanya peningkatan beratnya sanksi yang dijatuahkan terhadap anak delinkuen. Kiranya perluasan ragam pidana dengan pengenaan pidana berupa kewajiban melakukan tugas atau pekerjaan tertentu (*werk-en taakstraffen*) dalam hukum pidana anak muncul dalam pemikiran pedagogis demikian. Namun, pada saat bersamaan penggunaan sanksi penugasan kerja yang sama sekarang ini dapat dimaknai justru sebagai meningkatnya dan bertambah beratnya sanksi yang biasa dijatuahkan dalam perkara anak. Ini dikatakan sepanjang sanksi tersebut dalam kenyataan tidak menggantikan sanksi pidana yang lebih berat melainkan justru dijatuahkan sebagai ganti sanksi pidana lebih ringan yang dahulu biasa dikenakan dalam kasus-kasus serupa.

Tujuan pedagogis (mendidik anak) pada masa lalu dirumuskan dengan istilah “kepentingan anak yang bersangkutan” yang dalam hukum (pidana) anak dijadikan titik tolak. Kesemua ini mengakibatkan tidak saja kecenderungan munculnya kebijakan paternalistik terutama pada tahun 50-an dan 60-an abad lalu maupun dalam praktiknya ‘pemaksaan perlakuan tertentu terhadap anak demi kebaikan yang bersangkutan’. Dalam era gerakan yuridisasi yang muncul pada tahun 1970-an meningkat pula perhatian pada posisi hukum anak delinkuen. Perbaikan posisi demikian dimaksudkan untuk memberdayakan mereka agar mampu melawan pemaksaan yang berlebihan atau sewenang-wenang. Anak yang ditampung di lembaga/institusi rehabilitasi lagi pula mendapatkan hak untuk mengajukan keluhan.

Pada masa berikutnya yang dicirikan dengan cara berpikir yang lebih lugas (*no nonsense*) dan lebih mementingkan pendekatan keamanan, pendulum kembali bergeser ke arah pendekatan yang lebih represif terutama terhadap anak dalam hukum pidana anak. Namun semua masih berubah dan berkembang terus: Sekretaris Negara bidang keamanan dan kehakiman (*veiligheid en justitie*) berupaya untuk mengajukan dan mendorong perubahan yang lebih radikal ke dalam hukum pidana anak. Sekalipun begitu seberapa jauh pendekatan lebih keras di atas akan berdayaguna diragukan banyak pakar hukum pidana.

3. Kewenangan kejaksaan untuk menjatuhkan pidana (*strafbeschikking van het OM*)

Pada 2008 mulai berlaku *Wet OM-afdoening* (penyelesaian perkara pidana langsung oleh Kejaksaan) (lihat Pasal 257a-257h Sv.). Undang-undang ini mengakibatkan perubahan mendasar dalam praktik transaksi dan *seponeering* bersyarat. OvJ (jaksa) sekarang ini memiliki kewenangan untuk langsung – tanpa perantaraan hakim pidana – menyelesaikan perkara pidana yang di bawa kehadapannya melalui apa yang dinamakan *strafbeschikking* (putusan pemidanaan). Berbeda dengan apa yang terjadi dalam transaksi dan *seponeering* bersyarat, penetapan penjatuhan

pidana secara langsung demikian tidak ditujukan untuk menghentikan penuntutan, namun merupakan upaya penyelesaian perkara mandiri yang diberikan kepada OM untuk secara langsung menuntut dan menjatuhkan pidana. Penetapan penjatuhan pidana oleh jaksa (*strafbeschikking*) dari karakter hukumnya dapat digolongkan sebagai bagian tindakan menuntut. Berbeda dengan model penyelesaian perkara yang disebutkan terdahulu dari OM (*seponeering* bersyarat dan transaksi), dalam penjatuhan pidana secara langsung, kesalahan terdakwa harus dan sudah dipastikan terlebih dahulu secara tegas.

Kendati begitu diragukan apakah dari fakta terdakwa menerima syarat-syarat yang ditetapkan (bagi penjatuhan pidana oleh jaksa secara langsung) juga dapat serta merta disimpulkan benar terdakwa bersalah atas perbuatan yang didakwakan padanya. Pengenaan putusan pemidanaan oleh Jaksa secara langsung dimungkinkan dalam hal pelanggaran (*overtredingen*) juga dalam hal kejahatan yang ancaman hukuman maksimalnya ialah 6 tahun pidana penjara (Pasal 257a ayat 1 Sv.).

Jaksa-penuntut umum (*Officier van Justitie/OvJ*) memiliki banyak pilihan sanksi baik dalam bentuk pidana (*straffen*) maupun tindakan (*maatregelen*) yang dapat digunakannya: hukuman melakukan tugas-kerja tertentu (*taakstraf*) selama-lamanya 180 jam, denda (*geldboete*), tindakan berupa pencabutan dari lalulintas peredaran (*de maatregel van onttrekking aan het verkeer*), tindakan memberikan atau membayar kompensasi (*schadevergoedingsmaatregel*) dan pencabutan untuk sementara izin mengemudi kendaraan bermotor (*ontzegging van de rijbevoegdheid*) selama-lamanya untuk 6 bulan (Pasal 257a ayat 2 Sv.). Secara konstitusional penjatuhan pidana penghilangan kemerdekaan (pidana badan) tetap merupakan kewenangan mutlak hakim yang mandiri. Dalam penetapan penjatuhan pidana oleh jaksa juga dapat termuat petunjuk atau syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh terdakwa, seperti misalnya menyerahkan objek atau kebendaan tertentu, pembayaran sejumlah uang dalam rangka meniadakan keuntungan yang diperoleh secara melawan hukum, penyetoran sejumlah uang dalam dana ganti rugi korban-korban kekerasan atau demi keuntungan lembaga-lembaga yang bertujuan memajukan kepentingan korban-korban tindak pidana (Pasal 257a ayat 3 Sv.).

Petunjuk atau syarat-syarat demikian kiranya serupa dengan syarat-syarat yang dilekatkan pada transaksi (Pasal 74 ayat 2 Sr.) dan dengan syarat-syarat yang dapat dilekatkan pada putusan pidana/hukuman percobaan (*voorwaardelijke veroordeling*) (Pasal 14c Sr.). Satu perbedaan mendasar, namun demikian, ialah bahwa penaatan, misalnya syarat-syarat transaksi tidak dapat dipaksakan. Sebaliknya dalam putusan penjatuhan pidana oleh Jaksa justru pemenuhan syarat-syarat yang ditetapkan untuk bagian terbesar dapat dipaksakan. *Lagipula penetapan penjatuhan hukuman*

Tahapan kritis dalam pengembangan sistem hukum pidana yang beradab oleh jaksa diputus serupa dengan penjatuhan pidana biasa, sedangkan bilamana terdakwa mengabaikan syarat-syarat pemberian transaksi atau seponeering, OM tidak punya pilihan lain terkecuali menuntut kembali terdakwa tersebut.

Terkait dengan penetapan penjatuhan pidana oleh OvJ ialah kewajiban untuk mendengarkan suara terdakwa (*hoorplicht*, Pasal 257c Sv.), yakni dalam hal dijatuhkannya pidana yang membatasi kemerdekaan seseorang (hukuman berupa kewajiban melakukan pekerjaan tertentu (*werkstraf*) dan pencabutan izin mengemudikan kendaraan bermotor) dan dalam hal penjatuhan pidana oleh jaksa yang memuat sekaligus kewajiban membayar uang dengan jumlah lebih dari 2000 euro. Kewajiban untuk mendengarkan suara terdakwa dimaksudkan untuk menguji kesediaan serta kesanggupan terdakwa menjalankan penetapan pidana tersebut. Terdakwa sewaktu didengar keterangannya dalam proses dengar pendapat tersebut akan didampingi oleh penasihat hukumnya. Pendampingan oleh penasihat hukum ini bahkan diwajibkan dalam hal penjatuhan pidana yang sekaligus memuat kewajiban membayar sebagaimana dijelaskan di atas. Di luar pengenaan hukuman yang disebut di atas terdakwa tidak perlu didengar pendapatnya. Terdakwa yang berkeberatan terhadap penjatuhan penetapan pidana oleh jaksa dapat mengajukan perlawanan (*verzet*).

Seberapapun penetapan penjatuhan pidana langsung oleh jaksa dari segi efesiensi memiliki sejumlah keuntungan, sarana demikian, dari sudut pandang lain, yakni kepentingan perlindungan hukum, tetapi memiliki sejumlah kekurangan. Proses bagaimana dan muatan isi penetapan penjatuhan pidana secara langsung oleh Jaksa berada di luar pengawasan kekuasaan kehakiman (juga tatkala diajukan perlawanan, dalam hal mana hakim hanya mempertimbangkan hal ihwal kasus yang bersangkutan (*merits of the case*). Selanjutnya proses tercapainya *strafbeschikking* di atas terjadi tidak secara terbuka dihadapan publik (tertutup dari pandangan masyarakat umum). Terbuka risiko bahwa OM – mungkin secara sewenang-wenang – mendayagunakan kewenangan *strafbeschikking* tersebut untuk dengan cara mudah dan relatif cepat menuntaskan banyak perkara pidana yang menumpuk di kejaksaan. Sekalipun dalam pendayagunaan kewenangan menetapkan sendiri pidana yang akan dijatuhkan, beban pembuktian ada pada OvJ, kiranya dalam kenyataan urusan membuktikan kesalahan dapat dipermudah atau sama sekali dikesampingkan. Lebih lagi adalah OvJ sendiri yang memeriksa dan menguji apakah kewajiban atau beban pembuktian telah terpenuhi dengan layak atau tidak. Terutama bilamana OM mengetahui bahwa terdakwa berkepentingan untuk menghindar dari sorotan publik, dorongan semakin besar untuk menggunakan saja kewenangan menjatuhkan putusan secara langsung di atas.

Di samping itu berangkat dari prinsip-prinsip yang melandasi negara hukum dapat dipertanyakan apakah OM sebagai bagian dari organ

negara yang menjalankan fungsi eksekutif berada dalam situasi paling tepat untuk mengemban (sebagian dari) fungsi judisiil yang sejatinya berada dalam lingkup kekuasaan kehakiman yang independen.

4. Mediasi

Sudah sejak beberapa tahun silam, khususnya bagi pelaku tindak pidana di bawah umur, dikembangkan ragam program mediasi. Dalam proses mediasi demikian pendekatan utama yang digunakan ialah upaya menengahi konflik dan tidak lagi serta merta sekadar mengadili dan menghukum tindak pidana yang tidak terlalu berat.

Umumnya perdamaian/mediasi dipimpin oleh seorang koordinator atau juru runding (mediator) yang mendapatkan pelatihan khusus. Koordinator pada prinsipnya dengan sengaja tidak melibatkan diri atau turut campur dalam materi pembicaraan antarpihak. Sebaliknya netralitas demikian tidak diperlukan seorang juru runding atau penengah. Ia sebaliknya lebih terlibat ke dalam materi pembicaraan dan justru memainkan peran sebagai penengah.

Juga dapat turut diundang untuk hadir dalam pembicaraan perdamaian atau perukunan yang diselenggarakan ialah pejabat *reklasering*⁹ untuk delinkuen anak, peneliti yang terafiliasi dengan Dewan Perlindungan Anak (*Raad voor de Kinderbescherming*), relawan dan advokat/penasihat hukum. Siapa-siapa yang diundang diputuskan bersama antara koordinator/juru runding dengan pelaku dan pihak korban.

Dalam satu mediasi/perdamaian dapat diputuskan bahwa kehadiran penasihat hukum sangat diperlukan sedang bisa jadi pula dalam kasus lainnya justru hendak dihindari. Argumentasi untuk menghadirkan atau tidak menghadirkan pihak-pihak ketiga di atas terkait dengan fakta bahwa pada akhirnya pembicaraan dalam rangka merukunkan/mendamaikan pada akhirnya akan berujung pada penjatuhan sanksi alternatif dengan segala akibat hukumnya.

Pembicaraan dalam rangka merukunkan/mendamaikan juga dapat difokuskan untuk mencapai perdamaian emosional antara pelaku dengan korban: kehendak melakukan dan masuk ke dalam pembicaraan demikian kiranya muncul pada pelaku karena adanya dorongan dan kebutuhan mengungkap rasa bersalah yang membebani nurani serta bagi korban untuk memahami mengapa hal yang terjadi diperbuat sedemikian sehingga ia dapat melangkah lebih jauh memaafkan pelaku. Dari sudut pandang demikian, pembicaraan perukunan/perdamaian kiranya bagi

9 *Reclassering* (di-Belanda) memiliki tiga tugas pokok: mengawasi pelaksanaan pidana kerja sosial (*werkstraf*); mendiagnosa serta memberikan advis kepada hakim dan jaksa berkenaan dengan campurtangan lembaga reclasering dalam penghukuman pelaku tindak pidana; dan mengawasi pelaku dan tersangka (yang diputus harus diawasi oleh pejabat reclasering). Bandingkan juga dengan Badan Pemasyarakatan di Indonesia.

banyak klien (pihak-pihak yang berseberangan dalam suatu tindak pidana) sangat bermanfaat.

Proses mediasi di atas dalam keseluruhannya diselenggarakan secara tertutup: saling kepercayaan yang dibangun dalam dan melalui proses mediasi kiranya dianggap elemen penting bagi keberhasilan upaya mencari solusi bersama. Keunggulan dari proses perukunan/pedamaian di atas tidak terletak pada daya ikat atau efektivitas ke luar, namun pada tercapainya solusi yang memuaskan keduabelah pihak.

Kendati begitu tidak sekaligus berarti bahwa tidak ada sisi buruk dari mediasi: dogmatis banyak hal yang dikesampingkan begitu saja dalam praktik mediasi, sedemikian sehingga tetap muncul dampak punitif terhadap pelaku: fakta bahwa ia dipanggil untuk diminta pertanggungjawaban dihadapan korban kerap juga membuat pelaku kehilangan muka, merasa malu bahkan terhina. Selain itu bilamana situasi mediasi tidak terarah dan bergerak tanpa aturan, hasil akhirnya justru kerap adalah ketidakadilan. Lagipula bisa pula terjadi pelaku mengintimidasi korban, misalnya dengan menyatakan bahwa justru korban yang paling banyak kontribusinya tehadap munculnya kerugian. Maka itu pula dalam mediasi tetap diperlukan adanya semacam perlindungan hukum prosedural, setidak-tidaknya melalui mana ketercelaan perbuatan pelaku dari sudut pandang hukum pidana akan tetap dinilai dan ditegaskan secara cermat.

Ad.c. Problematika penahanan dalam hukum penitensier

1. Perkembangan hukum penitensier

Satu ungkapan yang tidak pernah lekang dan kiranya masih juga relevan ialah "hukum pidana berhenti berfungsi di gerbang penjara". Dengan kata lain, "*Rule of Law*" secara tegas tidak berlaku di balik dinding penitensier (penjara). Perihal eksekusi pidana kiranya sejak dahulu dan sekarang juga masih dianggap tidak bersinggungan dengan hak-hak substansial dari tahanan (narapidana), satu dan lain karena di dalam penjara (lembaga pemasyarakatan) yang terutama diprioritaskan adalah keamanan-ketertiban dan keteraturan. Tanpa itu semua, demikian umumnya diterima, penjara tidak mungkin berjalan dengan baik. Bukan tanpa alasan mengapa lembaga penitensier atau sejenisnya dinamakan pula "*totale instituties*" (lembaga-lembaga total). Karena apa yang terutama menonjol ialah penundukan diri narapidana, pada prinsipnya sepenuhnya total bahkan secara totaliter, pada rezim yang berlaku. Tahanan diwajibkan mematuhi dan melaksanakan apapun perintah yang diberikan. Bila mereka melanggar aturan dan ketentuan yang berlaku dalam penjara, maka dapat terkena hukuman disipliner oleh pengurus/ pengelola penjara, misalnya dalam bentuk penempatan di sel isolasi.

Di beberapa negara Barat dapat kita tenggarai adanya perubahan terhadap situasi di atas. Perubahan demikian kerapkali hanya sedikit dan marginal, namun ada pula yang lebih menyeluruh.

Kemungkinan besar pengalaman keras semasa berlangsungnya Perang Dunia ke-2 diduduki Jerman mendorong dilakukannya upaya lebih memanusiakan pelaksanaan pidana perampasan kemerdekaan (*vrijheidstraf*) dan upaya memperbaiki sistem pemonjaraan. Ini kiranya nyata terjadi di Belanda,¹⁰ terutama ketika pada 1947 diterbitkan laporan yang mengusulkan dibentuknya peraturan perundang-undangan baru.

Pada 1953 di setiap lembaga penitensier (*penitentiaire inrichtingen/p.i.*) dibentuk dan ditempatkan suatu komisi pengawas (*Commissie van Toezicht/CvT*) yang beranggotakan warga-warga independen. Komisi demikian ditugaskan untuk, atas nama atau untuk kepentingan masyarakat umum, mengawasi dan menjaga agar tahanan yang ditempatkan di dalam lembaga penitensier diperlakukan dengan benar.

Semua tahanan (narapidana) memiliki hak untuk menyampaikan semua keluhan atau pengaduan kehadapan CvT. Keluhan atau pengaduan demikian akan ditangani oleh salah seorang anggota komisi – dinamakan pula *maandcommissaris*. Anggota komisi ini akan bertindak selaku *penengah atau perantara* antara p.i. dengan narapidana yang mengajukan keluhan, sedemikian sehingga masalah yang ada dapat diselesaikan. Kendati demikian, peluang ini belum dapat dikatakan merupakan satu jalur yuridis bagi narapidana.

Pada era 1970'an abad lalu di banyak negara Barat marak gerakan demokratisasi sosial. Melalui gerakan itu pula muncul benih-benih pemikiran yang memungkinkan berkembangnya proses yuridikasi. Dengan itu dimaksudkan bahwa semakin banyak perlindungan hukum yang diberikan kepada warga terhadap pelaksanaan kekuasaan oleh penguasa/pemerintah. Khususnya proses demikian terfokus pada penguatan posisi hukum kelompok-kelompok masyarakat yang memiliki posisi rentan dan acap termarginalisasi. Di Belanda ke dalam kelompok masyarakat demikian termasuk pula pencari keadilan (*jusitiabelen*) yang mengalami kesialan bersentuhan dengan hukum pidana dewasa atau hukum pidana anak. Dengan cara demikian kiranya relasi kekuasaan yang tidak setimbang (antara negara dengan warga) hendak dikoreksi secara optimal melalui aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum. Hal ini juga berlaku dan terjadi dalam bidang yang tidak terlalu tampak bahkan tersembunyi dari mata warga biasa, yaitu hukum penitensier.

¹⁰ David Downes, *Contrast in Tolerance: The Post War Penal Policy in The Netherlands and England and Wales*, Oxford: Oxford University Press, 1988, hlm. 78, sebaliknya menunjukkan bahwa Perancis dan Belgia, negara-negara yang juga mengalami pengalaman pahit dengan kebijakan penginterniran yang dikembangkan Nazi-Jerman, kebijakan pidana tidak banyak berubah dan masih juga keras..

Pada 1977, upaya yang disebutkan di atas dikonkretkan dengan *diundangannya wettelijke regeling voor den rechtspositie van gedetineerden* (peraturan perundang-undangan tentang posisi hukum narapidana/tahanan). Belanda, dalam hal ini didunia internasional, menjadi negara paling maju dan selama beberapa tahun ke depan kerap dirujuk sebagai ‘*gidsland*’ (negara yang menunjukkan arah/rujukan).

Kiranya satu-satunya titik tolak yang disediakan dunia internasional pasca Perang Dunia ke-2 untuk menetapkan standar minimum perlakuan yang layak diterima narapidana/tahanan ialah *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* yang dipublikasikan dalam kerangka kerja PBB di Jenewa pada 1955. Norma-norma yang termuat di dalam dokumen ini pada 1957 kemudian mendapat persetujuan dari Dewan Ekonomi dan Sosial (ECOSOC) dari PBB.¹¹ Alhasil nilai penting dokumen ini hanya ada pada daya persuasi moralnya saja, sekalipun acapkali dirujuk dalam kongres-kongress internasional, khususnya yang mengagendakan pembahasan berkala laporan perihal situasi dan sistem pemerjaraan yang disampaikan perwakilan negara-negara.

Pada 1987 dalam kerangka kerja Dewan Eropa, standar minimum tersebut ditransformasikan menjadi peraturan penjara Eropa (*Europese Gevangenisregels*). Peraturan ini kemudian pada 2006 ditinjau ulang.¹² Namun juga aturan-aturan ini dicirikan terutama oleh karakter ‘*soft law*’, karena tidak memiliki kekuatan mengikat yang memaksa dan sebaliknya lebih berupa usulan atau rekomendasi.

Kendatipun demikian, dalam bidang pengembangan hukum, dokumen-dokumen tersebut secara tidak langsung harus diakui besar pengaruhnya, yakni melalui laporan-laporan yang dibuat oleh Komite Eropa perihal pencegahan penyiksaan, perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi atau merendahkan (*Europese Comité inzake de voorkoming van Folteringen en Onmenselijke of Vernederende Behandelingen of Bestraffingen*, singkat kata CPT),¹³ dan dengan cara serupa juga sampai pada tingkat Mahkamah/Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (EHRM).

Pengadilan tersebut dalam putusan-putusannya, terutama bilamana terkait dengan dugaan terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 3

11 Resolutie nr. 663 C (XXIV) tertanggal 31 Juli 1957 dan nr. 2076 (LXII) tertanggal 13 mei 1977.

12 Rec (2006)2 of the Committee of Ministers.

13 CPT setiap empat tahun sekali tanpa pemberitahuan sebelumnya akan mengunjungi lembaga penitensier atau satu bagian dari lembaga yang ada yang menjalankan sistem paling ketat/keras di seluruh wilayah negara-negara anggota Uni Eropa, dalam rangka memeriksa dan memantau kelayakan/kepatutan jalannya sistem pemerjaraan dan perlakuan yang diterima tahanan. yang dijalankan dalam penjara. Jelas bahwa khususnya untuk Belanda, perhatian kritis diduga kuat akan terpusat pada lembaga dengan sistem keamanan yang diperketat yang dikhusruskan untuk menampung tahanan-tahanan yang berbahaya (*Extra Beveiligde Inrichting voor vluchtgevaarlijke gedetineerden*).

Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (EVRM), acap merujuk pada temuan-temuan yang dilaporkan oleh CPT. Juga bukan kebetulan bila kemudian di dalam yurisprudensi EHRM dapat kita temukan pelunakan sikap, dibanding dengan apa yang terjadi sebelumnya, terhadap penetapan syarat-kondisi untuk menyatakan terbukti pelanggaran ketentuan Pasal 3 EVRM.

Dinyatakan pula bahwa pelanggaran demikian terjadi bila perlakuan konkret tertentu yang diterima tahanan atau situasi-kondisi penahanan terbukti tidak sesuai dengan harkat martabat manusia (*niet in overeenstemming met de menselike waardigheid*).

Terbayangkan adanya pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 3 EVRM bilamana dilakukan penahanan atau pemerjaraan terhadap terlalu banyak tahanan di dalam ruang/sel yang terlalu sempit,¹⁴ kekerasan yang dilakukan oleh sesama tahanan¹⁵ dan perlakuan merendahkan yang dilakukan petugas,¹⁶ tidak memadainya layanan kesehatan, dll.

2. Hukum yang mengatur ihwal pengaduan dan banding di Belanda (*het Nederlandse beklag- en beroepsrecht*)

Di antara perkembangan hukum yang digambarkan di atas, dapat dikatakan bahwa yang masih juga paling menonjol dan spesifik ialah muncul dan berkembangnya pengaturan mengenai pengaduan dan banding (*beklag- en beroepsrecht*) berkenaan dengan keseharian di p.i., diperkenalkan di Belanda pada 1997, serta yang berlaku bagi narapidana maupun tahanan.

Bidang hukum perihal pengaduan dan banding ini singkat kata memberikan kepada setiap narapidana atau tahanan hak untuk mengajukan pengaduan (keberatan) terhadap setiap keputusan yang untuk dan atas nama direktur (penjara atau rumah tahanan) diterbitkan berkaitan dengan dirinya. Pada prinsipnya dalam waktu tiga minggu sejak diterimanya pengaduan demikian, Komisi yang menerima pengaduan (*beklagcommissie*), dengan susunan keanggotaan diambil dari CvT maupun p.i. sejumlah 3 orang, harus menerbitkan putusan mengikat. Sebagaimana telah disinggung di atas semua anggota CvT adalah warga independen.

Selanjutnya terhadap keputusan komisi pengaduan di atas - baik oleh pihak yang mengajukan pengaduan maupun oleh direktur - dapat diajukan banding yang disampaikan kehadapan *Beroepscommissie van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming* (RSJ/ Komisi

14 EHRM 15 juli 2002, Kalashnikov vs. Russia.

15 EHRM 13 juni 2003, Pantea vs. Roumania, Appl. No. 33343/96.

16 EHRM 11 December 2003, Yankov vs Bulgaria (petugas mencukur rambut tahanan); EHRM 4 februari 2003, Lorsé vs. The Netherlands, Appl. 52750/99 (kunjungan pemeriksaan/visitasi berlebihan dalam institusi dengan pengamanan ketat bagi tahanan-tahanan berbahaya/*extra beveilligde inrichting voor vluchtgevaarlijke gedetineerden*).

Banding dari Dewan Penerapan Hukuman dan Perlindungan Anak) yang berkedudukan di Den Haag. Komisi ini-pun beranggotakan 3 orang yang independen dan tidak memihak. Keputusan komisi inipun harus dianggap mengikat.

Semua prosedur di atas (pengaduan dan banding) diatur formil dengan batasan-batasan waktu, ketentuan tentang proses meminta dan mendengar keterangan baik dari keduabelah pihak, kewajiban memberikan pertimbangan layak (*motiveringspflicht*), kemungkinan untuk mendapatkan bantuan atau pendampingan hukum, dstnya. Dengan demikian jelas dapat dikatakan adanya proses acara kontradiktoir yang memuat jaminan dan perlindungan hukum bagi pihak-pihak terkait. Pada prinsipnya, keseluruhan proses pemeriksaan baik untuk pengaduan maupun banding dilakukan secara lisan. Kadangkala proses banding dilakukan tertulis.

Pengaturan di atas perihal pengajuan keluhan dan banding harus dianggap khas Belanda karena tidak ditemukan di belahan manapun di dunia. Satu keistimewaan ialah fakta bahwa warga independen¹⁷ sebagai anggota CvT memiliki kewenangan menerbitkan keputusan mengikat berkenaan pengaduan yang diajukan terkait dengan situasi-kondisi penahanan. Sebagai perbandingan, di Amerika Serikat, banyak direktur penjara justru tidak dapat menenggang dan menerima putusan pengadilan perihal situasi-kondisi internal penahanan: hakim dianggap samasekali buta dan tidak tahu menahu persoalan apa yang diajukan terhadap mereka.¹⁸ Sekarang ini, kita dapat temukan pengaturan setara di Belgia, sekalipun dengan sejumlah perbedaan. Namun demikian, pengaturan tersebut belumlah diberlakukan.

Mengenai persoalan keseharian situasi-kondisi (dalam) tahanan/penjara, terhadap mana proses pengajuan pengaduan dan banding terkait dengannya, kita tidak boleh hanya berhenti pada *struktur yuridis* dari hak dan kewajiban menurut peraturan perundang-undangan belaka, melainkan terutama juga pada bagaimana hak dan kewajiban tersebut dijalankan secara nyata dalam kasus-kasus individual oleh para pejabat/petugas lembaga penitensier serta sikap-tindak yang nyata mereka *tunjukkan* dalam hubungan antar-manusia dengan para tahanan/narapidana. P.i. yang disinggung di atas bukan sekadar suatu masyarakat hukum (*rechtsgemeenschap*), melainkan harus dipandang terutama sebagai masyarakat/lingkungan hidup sosial (*sociale leefgemeenschap*). Pandangan

17 Sekarang ini keanggotaan CvT diisi oleh hakim, advokat-pengacara, dokter, perwakilan universitas, perusahaan-perusahaan dan banyak organisasi kemasyarakatan lainnya, misalnya yang berkiprah di bidang pendidikan dan pemberian bantuan, namun mereka itu tidak boleh memiliki hubungan fungsional dengan lembaga penitensier.

18 Ini merupakan hasil pengamatan saya berbicara dengan banyak fungsionaris/pejabat Amerika (yang bekerja di lembaga-lembaga penitensier).

demikian bahkan juga berlaku dalam hal kita berhadapan dengan rezim yang ekstra-restriktif seperti penjara dengan pengamanan khusus (*Extra Beveiligde Inrichting/EBI*).

Di samping prosedur pengaduan penintensier umum di atas, narapidana/tahanan juga memiliki peluang untuk menggunakan dua prosedur khusus lainnya.

Pertama-tama ialah prosedur yang mengatur pengajuan keberatan serta banding berkenaan dengan keputusan penempatan dan pemindahan (*plaatsing en overplaatsing*) yang diterbitkan untuk dan atas nama Menteri Kehakiman di p.i. tertentu. Seorang narapidana atau tahanan, dari sudut pandang peluang dan kemudahan mendapat kunjungan, mungkin sangat berkepentingan untuk ditempatkan di penjara di dekat lingkungan tempat tinggal keluarga atau kerabatnya. Selain itu juga tersedia prosedur khusus untuk mengajukan keluhan/pengaduan berkenaan dengan *tindakan atau jasa layanan medis (medische behandeling)* yang diberikan di penjara. Pengaduan ini tertuju terutama pada dokter-dokter penjara. Pertama akan diupayakan penengahan/perantaraan (mediasi) dalam rangka mencari solusi dan bila upaya ini tidak berhasil, maka pihak yang mengajukan keluhan dapat mengajukan banding kehadapan komisi banding khusus dari RSJ. Di dalam komisi banding demikian duduk juga pakar-pakar medis yang independen.

Di samping prosedur pengajuan keluhan dan banding formal di atas juga terbuka peluang *penengahan/perantaraan (mediasi) melalui maandcommissaris van de CvT*, sebagaimana diberlakukan sejak 1953. Dalam proses mediasi tersebut akan diungkap semua keluhan dari tahanan/narapidana perihal bagaimana mereka diperlakukan, juga oleh orang-orang lain di luar anggota direksi (sipir dan petugas-petugas penjara). Tidak penting apakah keluhan atau pengaduan tersebut secara potensial masuk atau tidak dalam cakupan lingkup hukum formal perihal pengaduan dan banding: sepanjang narapidana/tahanan mengajukan permohonan untuk ditengahi, maka adalah tugas *maandcommissaris* untuk menengahi persoalan yang dianggap muncul. Lebih jauh lagi, bahkan juga dalam banyak kasus tatkala narapidana/tahanan sudah mengajukan keluhan lewat jalur formal, maka oleh CvT, sepanjang dimungkinkan oleh karakter pengaduan yang ada, pertama-tama akan diupayakan mediasi untuk mencapai solusi yang memuaskan keduabelah pihak. Keuntungan cara ini terletak pada penggunaan waktu secara efisien, dihindarinya pemborosan kerja administratif serta penghematan waktu yang sedianya akan dipergunakan untuk sidang-sidang di komisi pengaduan (*beklagcommissie*). Bilamana mediasi ternyata tidak berhasil, tetap terbuka untuk memproses pengaduan melalui jalur pemeriksaan formal.

3. Keuntungan dari hukum pengaduan dan banding (*beklag-en beroepsrecht*)

Dapat dikatakan bahwa kemanfaatan hukum pengaduan dan banding bagi tahanan/narapidana selama 35 tahun lebih keberadaannya nyata terbukti. Hukum demikian semakin sering digunakan. Juga kasus-kasus banding yang di bawa kehadapan RSJ mengalami peningkatan sangat pesat. Dalam lima tahun pertama abad ini bahkan mencapai 39%.¹⁹ Kiranya juga turut berpengaruh kenyataan bahwa semakin banyak tahanan/narapidana yang setiap harinya dimasukan ke dalam p.i. (*penitentiare inrichting*/lembaga penitensier), pada satu pihak karena peningkatan jumlah sel tahanan dan pada lain pihak karena dipergunakan sel-sel untuk menampung lebih dari satu orang. Di samping itu kita juga dapat tenggarai peningkatan penggunaan hak pengaduan dan banding oleh pasien (mereka yang dirawat) di lembaga-lembaga perawatan/penanganan justisi dalam rangka eksekusi tindakan penempatan di lembaga (perawatan) khusus (*maatregel van terbeschikkingstelling*). Prosedur yang mereka miliki mirip – dengan sejumlah perbedaan khusus - dengan yang tersedia bagi tahanan/narapidana.

Demikian dapat dikatakan bahwa dalam ragam kategori orang-orang yang ditempatkan di lembaga-lembaga justisi (pesakit, tahanan, narapidana, pasien, dll., muncul peningkatan kesadaran untuk mencari keadilan. Beranjak dari kecenderungan tersebut penulis tidak dapat tidak menarik kesimpulan bahwa ada cukup kepercayaan yang diberikan terhadap validitas putusan dan proses peradilan yang menangani pengaduan dan banding tersebut di atas.

Sekalipun hasil akhir proses demikian (penanganan pengaduan) tidak selamanya jatuh demi keuntungan pihak yang mengajukan pengaduan (selama bertahun-tahun kisarannya hanya 10% dari kasus-kasus yang masuk), para pengguna tetap menaruh harapan. Berbeda dari itu ialah kenyataan bahwa kadangkala pengaduan diajukan, tanpa dasar atau alasan cukup, kiranya dalam semangat ‘tidak aku sudah punya, ya aku masih bisa peroleh’, atau sekadar untuk mengungkap kemarahan atau ketidakpuasan pribadi dan dengan itu mendapat perhatian.

Kiranya jelas pula bahwa terbukanya peluang untuk dalam situasi-kondisi penahanan yang sangat mengungkung untuk membela diri atau melawan ketidakadilan atau perlakuan buruk yang diterima dengan cara mengajukan keluhan terhadap komisi independen memenuhi rasa keadilan tahanan/narapidana. Penting pula dalam hal ini dibukanya kemungkinan untuk diperlakukan sebagai warga hukum sepenuhnya, tanpa kemudian dibiarkan begitu saja dalam keadaan nirhukum. Hal mana justru merupakan situasi yang sangat buruk dan sebaliknya tidak

19 Lihat Laporan Tahunan (*Jaarverslag*) dari RSJ tahun 2005, ‘Veilig Samen Leven’, hlm. 47.

memberi sumbangan apapun pada mereka yang akan dikembalikan kepada masyarakat. Dengan kata lain, justru bertentangan dengan semangat resosialisasi.

Dapat pula ditambahkan pengamatan penulis sendiri yang berpengalaman sebagai ketua dari ragam komisi yang menerima dan menangani pengaduan-pengaduan tahanan/narapidana (*beklagcommissie*). Dibicarakannya dengan serius pengaduan/keluhan seorang tahanan kerapkali sudah memberikan banyak kepuasan batin baginya dan dalam kasus-kasus tertentu bahkan dianggap cukup.

Kendati demikian, makna terpenting dari hukum pengaduan dan banding, menurut hemat penulis, justru terletak pada *fungsi preventif*-nya, yaitu sebagaimana tertuju kepada direktur dan personil yang bekerja di p.i. (lembaga penitensier). Mutatis mutandis berlaku hal serupa berkenaan dengan lembaga-lembaga justisi lainnya. Beranjak dari fungsi preventif demikian kita dapat harapkan pengaruh positif, khususnya berkenaan dengan peningkatan dan penjagaan sikap dan perlakuan yang penuh kecermatan (*zorgvuldigheid*) serta keperdulian (*zorgzaamheid*) terhadap tahanan/narapidana.

Institusi totaliter merupakan organisasi yang sulit dikendalikan. Ini dapat dikatakan setiap orang yang mencermati kehidupan penjara. Tanpa adanya hak-hak yang benar bermakna dan dapat dipaksakan berlakunya bagi para penghuni penjara atau rumah tahanan besar risikonya bahwa karakter totaliter lembaga totaliter demikian tidak akan terkendali.

Berkenaan dengan apa yang dibicarakan di atas dapat dikatakan bahwa hak-hak (prosesuil) para tahanan/narapidana di Belanda kiranya diatur dengan cukup baik dan juga memunculkan praktik yang memadai. Ini pulanya merupakan bagian penutup terpenting dari makna negara hukum dalam konteks penerapan hukum pidana (*strafrechtspleging*).

Penutup

Dari sudut pandang asas-asas negara hukum yang optima forma ditujukan terhadap tahapan paling kritikal dari penerapan hukum pidana, yaitu ketika kepentingan kekuasaan dan hukum saling berhadapan, sebagaimana muncul dalam situasi penyelidikan/penyidikan dan pemeriksaan, dalam proses pemeriksaan di pengadilan serta penjatuhan pidana, dan terakhir dalam situasi penahanan, penulis telah mencoba memberikan tinjauan singkat tentang tahapan-tahapan kritikal di atas. Negara hukum lagipula menunjukkan nilai sesungguhnya tidak hanya tatkala cuaca sedang cerah, namun justru dalam cuaca buruk. Jadi ketika sungguh dibutuhkan. Penulis secara khusus berbicara lebih panjang perihal situasi penahanan karena hal ini jarang dibicarakan.

PERDAGANGAN MANUSIA DAN BENTUK-BENTUK PENGHISAPAN/ PENINDASAN LAINNYA SETELAH PENETAPAN SEBAGAI TINDAK PIDANA

Joanne van der Leun

1. Dari balik tirai toko: Pengantar dan identifikasi masalah

Satu ruang berisi kotak-kotak karton, tempat duduk plastik dan krupuk yang sedang dikeringkan yang terserak di mana-mana. Foto yang suram namun tidak terlalu mengejutkan sebagaimana diambil oleh SIOD (*de Sociale Inlichtingen-en Opsporingsdienst*/Dinas Penerangan dan Penyidikan Sosial) dapat kita temukan dipasang di jejaring internet dan di koran-koran. Foto tersebut pada pandangan pertama tidak terlalu menyolok. Kendati begitu menurut instansi penyidik yang menangani kasus ini, gambar di atas sebenarnya merupakan latarbelakang penghisapan/penindasan tenaga kerja illegal dari Indonesia. Satu bentuk kejahatan terorganisir yang luarbiasa, perdagangan manusia (*human trafficking*) menurut KUHPidana Belanda. Adalah bentuk-bentuk kejahatan ini yang beberapa tahun terakhir ditangani dengan sungguh-sungguh. Pada 2010, pelaku utama dari kasus krupuk di atas dikenakan pidana penjara 4 tahun oleh hakim pidana, lebih berat dari apa yang dituntut jaksa. Putusan ini dianggap sebagai terobosan dalam upaya penanganan kasus-kasus perdagangan manusia.

Di pabrik krupuk di Den Haag itu, suhu ruang tempat korban-korban diperkerjakan sangat panas, kecoa hilir mudik dengan bebas dan para pekerja illegal bekerja di bawah situasi-kondisi yang membahayakan (jiwa atau kesehatan).¹ Para tetangga sekitar yang curiga dengan situasi-suasana bangunan tersebut melapor pada pihak yang berwenang. Setelah

1 Periksa vonnis, LJN BM33374, Rechtbank 's-Gravenhage, 09/993034-09. Kasus ini tentang penghisapan/penindasan tenaga kerja illegal. Di samping itu kita juga temukan di Belanda kasus-kasus penghisapan/penindasan pendatang legal, misalnya oleh mucikari. Namun untuk yang terakhir tidak akan dibahas dalam tulisan ini.

dilakukan penyidikan menyeluruh, ternyata kemudian ditemukan tempat-tempat serupa tersebar di pelbagai kota di Belanda. Menurut OM (kejaksaan), kelompok pelaku dalam tahun-tahun mereka aktif menjalankan usaha illegal mereka berhasil menghisap tenaga lebih dari 200 korban. Kegiatan utama dari usaha-usaha illegal tersebut terutama adalah memproduksi bahan-bahan makanan khas Asia untuk disebarluaskan pada toko-toko dan restoran di seluruh wilayah Belanda. Para pekerja bila mendapat kesempatan untuk itu secara rutin melarikan diri dari tempat-tempat demikian. Kendati begitu, kemungkinan besar mereka akan ditampung di tempat kerja lain. Nasib dan keberadaan banyak dari mereka sekarang ini tidak diketahui.

Situasi-kondisi di bawah mana orang-orang Indonesia di atas dipekerjakan, menurut instansi penyidik Belanda, – demikian juga kemudian ditetapkan hakim – dapat dikualifikasikan sebagai (tindak pidana) perdagangan manusia (*human trafficking*). Pada pandangan pertama situasi tersebut menunjukkan kemiripan dengan kerja illegal yang dilakukan banyak migran di Belanda maupun di negara-negara lain. Di dalam kasus krupuk yang diproses pengadilan Den Haag, para pelaku mendatangkan, seringkali dengan bujuk rayu dan janji-janji indah, orang-orang (pria-wanita) dari Indonesia yang bersemangat untuk mencari kerja di luar negeri. Penyalindup lokal dengan imbalan 3.000 euro menguruskan dokumen perjalanan, transportasi dan visa turis. Ini merupakan utang yang harus mereka (para pencari kerja) bayar kembali. Setiba di Belanda, mereka ditempatkan dan diperkerjakan di rumah tinggal sederhana di Den Haag. Sekurang-kurangnya 10 jam sehari mereka bekerja menggoreng, memasak dan membungkus, kerap tanpa jeda dan waktu istirahat yang layak. Upah mereka adalah 25 euro per hari. Untuk melestarikan ketergantungan, para pekerja illegal Indonesia tersebut, yang kurang atau bahkan tidak menguasai bahasa Belanda ataupun Inggris, dipekerjakan tidak lebih dari 8 hari dalam sebulan. Dari upah total 200 euro/bulan yang mereka terima, setengahnya digunakan dan diserahkan kepada majikan untuk membayar sewa tempat tinggal. Bila migran Indonesia yang sama mencari kerja – misalnya ke Malaysia – sebagaimana juga banyak dilakukan oleh mereka, nasib mereka mungkin lebih buruk. Demikian dikatakan para peserta kursus *Building Blocks*, Maret 2011.

Dengan ulasan di atas sebagai latarbelakang, namun juga sebagai ilustrasi dari tema kriminologis yang aktual, penulis, beranjak dari kasus krupuk di Den Haag di atas, mengajukan sejumlah pertanyaan kriminologis perihal kasus perdagangan manusia (penindasan/penghisapan tenaga kerja) di luar industri seks, sebagai berikut:

- ❖ Apa yang dimaksud dengan penindasan/penghisapan atau perdagangan manusia di luar industri seks menurut KUHPidana?

- ❖ Bagaimana menjelaskan/memahami bentuk-bentuk penindasan/penghisapan lainnya itu (di luar industri seks/prostitusi)?
- ❖ Apa yang kita ketahui dari ruang lingkup penindasan/penghisapan yang terjadi?
- ❖ Bagaimana penindasan/penghisapan tersebut ditangani/ditanggulangi?
- ❖ Seberapa jauh persepsi korban dan latarbelakang kultural mereka berperan?

Selanjutnya penulis akan juga menelaah persinggungan dan ketegangan antara penanganan pekerja illegal dengan penanggulangan perdagangan manusia. Apa yang menarik dari penindasan/penghisapan di luar industri seks ialah kriminalisasi dari perbuatan ini baru beberapa tahun lalu terjadi. Dengan itu pula hendak diberi pemahaman dampak kriminalisasi *de jure* terhadap gejala yang sudah ada sejak lama, namun tidak dikriminalisasi karena belum dikategorikan demikian.

2. Definisi dan pembatasan (bentuk) penindasan/penghisapan lainnya

Istilah perdagangan manusia (*human trafficking*) sudah dipergunakan sejak abad ke-19, namun sampai dengan sekarang masih berlangsung perdebatan perihal praktik seperti apa yang tepatnya dapat dikualifikasikan ke dalam perdagangan manusia (Wijers & Lap-Chew 1999: 23). Untuk jangka waktu lama istilah ini hanya berkaitan dengan praktik-praktik yang terkait-berkelindan dengan industri seks. Penindasan/penghisapan di luar industri seks, atau ‘penindasan/penghisapan lainnya (*overige uitbuiting*)’ per 1 Januari 2005 dirumuskan sebagai tindak pidana perdagangan manusia dan sampai dengan sekarang masih diperdebatkan ruang lingkup perbuatan ini. Di banyak negara lain perbuatan yang sama dikualifikasikan sebagai penyalahgunaan/penghisapan tenaga kerja (*arbeidsuitbuiting*). Di Belanda terminologi ini menjadi bermasalah karena prostitusi juga dianggap sebagai pekerjaan. Karena itu dipilih pengertian ‘*overige uitbuiting*’.

Pada 1 Januari 2005, ketentuan pidana baru perihal perdagangan manusia, Pasal 273a Sr. (KUHPidana Belanda) mulai berlaku. Setahun kemudian tanpa mengubah rumusan delik nomornya diubah menjadi 273f Sr. Ketentuan baru tersebut, berbeda dengan Pasal 250a Sr (lama), dicakupkan di bawah titel (judul) ‘*Misdrijven tegen de zeden*’ (kejahatan terhadap kesiusilaan). Perbuatan yang diancamkan pidana oleh ketentuan Pasal 273f Sr mencakup tindakan memaksa orang lain untuk menyediakan diri bagi layanan (seks) atau pengambilan (transplantasi) organ tubuh. Rumusan delik itu merujuk pada satu perbuatan, penggunaan paksaan dalam arti luas dan dengan maksud menindas/menghisap tenaga manusia.

Definisi yang diberikan di dalam undang-undang sangat luas, daftar indikasi seperti yang kita temukan di dalam ILO 2009 dan *de Aanwijzing Mensenhandel van het college van PG's* (Petunjuk Perdagangan Manusia yang diterbikan Kejaksaan) kiranya memberikan gambaran yang lebih jelas (NRM 2010). Kemudian juga kita temukan arahan yang lebih jelas dalam yurisprudensi. Kendatipun demikian, berkenaan dengan bentuk-bentuk penindasan/penghisapan lainnya selalu kita akan temukan daerah abu-abu antara penyelenggaraan-pengelolaan atau situasi kondisi kerja yang buruk (*slecht werkgeverschap*) dengan perdagangan manusia (De Jonge van Ellemeet 2007).

Untuk membedakan pengelolaan atau situasi-kondisi kerja yang buruk dengan bentuk perbuatan penghisapan/penindasan dalam konteks perdagangan manusia kiranya yang menentukan adalah faktor situasi-kondisi kerja korban yang begitu mengenaskan atau buruk (tidak manusiawi) sedemikian sehingga mengancam hak-hak fundamental seperti kehormatan sebagai manusia, integritas tubuh dan kebebasan individu (Van der Leun & Vervoorn 2004, Coster van Voorhout 2007).

Maksud (tujuan) dari perbuatan penghisapan/penindasan tersebut ialah keuntungan finansial dan sekalipun migran illegal – berbeda dengan apa yang muncul dalam perundang-undangan Belgia – tidak disebutkan secara eksplisit, situasi demikian menjadikan mereka masuk dalam kategori korban paling potensial, terutama karena ketergantungan dan kerentanan mereka pada pemberi kerja. Penanggulangan perdagangan manusia juga harus ditujukan untuk melindungi kategori pendatang haram (illegal) tersebut. *Hoge Raad* dalam kasus berbeda, '*Chinese horeca zaak*' (kasus restoran Cina), memberikan pertimbangan tegas perihal perbedaan antara sarana paksa (*dwangmiddelen*) berwujud 'penyalahgunaan posisi rentan (*misbruik van een kwetsbare positie*) dengan yang berwujud 'penyalahgunaan posisi tidak seimbang yang bersumber dari kondisi faktual' (*misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht*). Sejak itu jumlah penuntutan dan penghukuman di Belanda berkenaan dengan penindasan/penghisapan dalam bentuk-bentuk lain mengalami peningkatan pesat (NRM 2010), sekalipun jumlahnya relatif kecil.

3. Penghisapan/penindasan bentuk lain dari sudut pandang teoretis

Secara teoretikal perdagangan manusia dijelaskan sebagai satu fenomena ekonomi dan juga dalam kaitan dengan mondialisasi (globalisasi) (Salt dan Stein 1997). Kriminolog Ruggiero (1997) mengaitkan kemunculan penghisapan/penindasan di negara-negara barat dengan tumbuhkembangnya ekonomi bayang-bayang (*shadow economy*) dalam

dunia yang sangat maju. Teori-teori lain berkaitan dengan fenomena ini lebih menekankan pada tingkat pertumbuhan ekonomi negara asal atau meningkatnya hambatan yang menghalangi migrasi legal (Kyle & Koslowski 1997). Perdebatan ilmiah perihal apa penyebab makro dari kemunculan bentuk-bentuk penghisapan/penindasan lainnya belumlah selesai. Namun demikian, kiranya jelas bahwa baik negara pengirim maupun negara penerima mendapatkan keuntungan ekonomis dari bentuk kejahatan ini. Pada lain pihak, fenomena sama – yang dicermati pula sebagai praktik yang diasosiasikan dengan perbudakan - merupakan masalah besar bagi negara-negara yang mengalaminya (Bales 1999).

Pada tataran lebih kecil, motif ekonomi para pelaku dalam kombinasi dengan rendahnya peluang tertangkap kiranya juga memainkan peran penting. Perdagangan manusia sangatlah menguntungkan secara ekonomis dan peluang tertangkap (dan dihukum) sebaliknya relatif rendah. Pandangan demikian sejalan dengan teori pilihan rasional (*rational choice*) dalam kriminologi dan menjelaskan terutama eksistensi perdagangan manusia dalam artian umum.

Kita dapat melangkah sedikit lebih jauh, yaitu dengan menggunakan teori sosiologis-kriminologis yang kiranya paling berhasil menjelaskan fenomena di atas, seperti *strain-theory* yang dikembangkan Merton (1957). Merton mengaitkan relasi antara sejumlah variabel pada tataran makro – seperti pengorganisasian masyarakat – dengan variabel pada tataran meso dan mikro, perilaku kelompok dan individu. Di dalam karya Merton (1938) *Social Structure And Anomie* dibahas pertanyaan pokok mengapa orang melakukan kriminalitas: “*some social structures exerts a definite pressure on certain persons in the society to engage in nonconforming conduct rather than conformist conduct*” (Merton, 1938: 672). Merton (1938, 1957) di dalam teorinya menunjuk pada peluang yang berbeda-beda antara ragam lapisan sosial masyarakat untuk mendapatkan dan menikmati sarana legal yang tersedia. Perilaku kriminal atau menyimpang dapat muncul bilamana individu tidak memiliki atau berpeluang memperoleh sarana legal untuk mencapai tujuan-tujuan kultural yang dianggap penting dalam masyarakat. Karena tekanan yang begitu kuat untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, maka norma-norma institusional mendapatkan tekanan struktural (*structural strain*). Sebagai akibatnya, norma-norma tersebut kehilangan legitimitas dan kemampuan untuk mengatur perilaku. Maka tercipta anomie atau situasi tidak adanya norma; patahan dalam struktur budaya yang pada tataran individu memunculkan motivasi untuk melakukan perilaku kriminal. Dalam sudut pandang *strain-theory*, adalah kelompok-kelompok masyarakat yang terpinggirkan dalam masyarakat yang cenderung mendayagunakan sarana-sarana alternatif, kemungkinan besar melawan hukum, untuk berupaya mencapai tujuan kultural masyarakat yang bersangkutan – sukses dan sejahtera. Merton

menyebutkan sebagai ilustrasi pencurian/perampukan, jualbeli obat-obatan terlarang, kejahatan kerah putih dan kejahatan terorganisir (Merton, 1938). Dengan cara serupa kita dapat meminjam teori di atas untuk menjelaskan mengapa penindasan/penghisapan terjadi.

Apabila pengusaha (majikan) tidak berhasil untuk – melalui sarana-sarana legitim – mewujudkan tujuan yang ditetapkan masyarakat, yaitu perolehan keuntungan dan pengembangan usaha, maka tercipta kemungkinan bahwa mereka akan mengupayakan sarana-sarana tidak legitim, misalnya dalam bentuk penghisapan/penindasan buruh. Majikan (pengusaha) bisa saja tergoda untuk menekan biaya produksi dengan cara tidak mematuhi ketentuan perundang-undangan – misalnya yang berkaitan dengan keamanan (tempat kerja) atau pencegahan pencemaran lingkungan – atau dengan cara melawan hukum mencari penghasilan tambahan, terutama bilamana pos anggaran yang harus disediakan bagi pekerja sangat besar. Cukup alasan untuk menyatakan bahwa hal demikian terutama terjadi dalam sektor usaha yang banyak mempekerjakan buruh migran. Buruh atau pekerja migran kerap bekerja di bidang usaha yang dicirikan sebagai 3D (*dirty, dangerous and degrading*); posisi mereka dalam masyarakat sangat rentan, sedemikian sehingga penyalahgunaan sangat mudah terjadi. Justru kerentanan pekerja migran membuat mereka menjadi sangat menarik (secara ekonomis) bagi beberapa pengusaha. Satu dan lain karena berarti mereka sebagai pekerja dapat diupah sangat kecil dan tidak akan rewel memprioritaskan urusan perlindungan keamanan dan penjagaan kesehatan (International Labour Office, 2009).

4. Sejumlah indikasi berkenaan dengan ruang lingkup persoalan

Dalam perdagangan manusia (*human trafficking*) pada umumnya dan terutama dalam bentuk-bentuk penghisapan/penindasan (perbudakan) lainnya dapat kita tenggarai besarnya angka gelap (*dark number*) (Tyldum 2010). Banyak dari bentuk kejahatan demikian tidak terungkap. Di Belanda semua informasi dari kejadian dan korban yang dilaporkan dikelola oleh suatu organisasi penunjang, CoMensha (*coördinatiecentrum Mensenhandel*) dan dipublikasikan oleh *de National Rapporteur Mensenhandel*. Total dalam jangka waktu 2000-2009 dilaporkan 5084 kejadian dugaan korban perdagangan manusia pada CoMensha. Jumlah ini mengalami peningkatan dari 341 ke 909 pada tahun berikutnya (NRM 2010). Peningkatan angka-angka tersebut terutama mencerminkan peningkatan perhatian pada fenomena perdagangan manusia.

Kerapkali dari banyak kasus yang terungkap tidaklah jelas dalam sektor (industri) seperti apakah para korban diperbudak. Dalam kurun waktu 2007-2009 sekurang-kurangnya 161 korban yang dilaporkan

diperbudak (tenaganya dihisap) di sektor-sektor lain di luar industri seks, dari itu semua 57 (35%) di sektor pertanian-perkebunan. Sejak 2006 akibat dari diancamkannya dengan pidana praktik perbudakan (penghisapan/ penindasan pekerja) di luar industri seks masuk pula pada CoMensha laporan kejahatan demikian dengan korban laki-laki. Bahkan pada 2009, 15% dari korban yang dilaporkan berjenis kelamin laki-laki, sedangkan untuk sektor pelacuran kebanyakan korban adalah perempuan (NRM 2010). Di sini bagaimanapun juga harus dicermati bahwa dibalik setiap korban yang dilaporkan, banyak lainnya tidak terungkap. Hal ini juga ternyata dalam kasus krupuk di atas.

Jika kita perhitungkan bahwa Belanda kurang lebih setiap tahunnya menampung 100.000 migran gelap (illegal), dan banyak dari mereka juga bekerja (Van der Heijden et.al. 2011, Van der leun & Ilies, 2010), maka jumlah tersebut sebenarnya hanya sebagian kecil dari total populasi (migran gelap). Pada lain pihak, kita juga dapat simpulkan bahwa karena sekarang ini bentuk-bentuk penindasan/penghisapan lain (di luar industri seks) juga diancamkan dengan pidana dan penegakannya dilakukan lebih intensif, maka ditemukan dan terungkap apa yang hendak dicari. Kriminalisasi dalam arti merumuskan suatu perbuatan sebagai tindak pidana tampaknya berpengaruh terhadap kehidupan nyata.

5. Penanggulangan bentuk-bentuk penghisapan/penindasan di luar industri seks

Sejak dinyatakan sebagai tindak pidana pada 2005, upaya penanggulangan perdagangan manusia dilakukan dengan lebih intensif. Sekarang ini cakupan tindak penanggulangan diperlebar dan diupayakan untuk langsung menangani para pekerja dan membongkar struktur (jaringan) yang melandasi kegiatan perdagangan manusia. Pendirian dinas penerangan dan penyidikan khusus (*de Sociale Informatie- en Opsporings Dienst*) merupakan langkah pertama ke arah itu dan untuk selanjutnya dikembangkan pula pusat kajian perdagangan dan penyelundupan manusia nasional (*landelijk expertisecentrum mensenhandel en mensensmokkel*). Bawa juga tumbuhkembang kesadaran masyarakat perihal penindasan/ penghisapan pekerja diperlihatkan oleh kasus krupuk di atas. Kasus ini terungkap berkat laporan/pengaduan dari para tetangga yang curiga.

Pada tataran internasional ditekankan bahwa perdagangan manusia adalah satu bentuk pelanggaran hak asasi manusia, dan bahwa negara-negara wajib memberantas kejahatan demikian (Rijken & Koster 2008). Juga di Belanda pendekatan hak asasi manusia dipergunakan dalam penanggulangan perdagangan manusia. Pentingnya pendekatan ini juga muncul dalam Rencana Aksi Uni Eropa perihal perdagangan manusia (*EU-Actieplan mensenhandel*, 2005), hal mana sejalan dengan Keputusan Payung Uni-Eropa (*EU-Kaderbesluit*, 2002). Kedua instrumen tersebut

menempatkan perlindungan dan penghormatan hak asasi manusia sebagai titik tolak utama (NRM 2010).

Di dalam praktik penanggulangan tindak pidana ini patut diperhitungkan peranan politisi dan lembaga-lembaga swadaya masyarakat (NGO). Kiranya dalam ihtiar pengembangan kerjasama dalam mata rantai penyelidikan/penyidikan, peran keduanya harus ditekankan. Juga kerjasama internasional dalam penanggulangan kejahatan ini terus berkembang.

Beranjak dari itu semua kita dapat melangkah lebih jauh dan mengajukan satu pertanyaan penting: apa yang terjadi di awal rantai penyelidikan/penyidikan? Apa yang sesungguhnya terjadi dalam praktik penyelidikan/penyidikan tatkala yang dihadapi ialah pekerja-pekerja gelap dengan persoalan atau situasi-kondisi yang belum pernah ditangani sebelumnya oleh hakim yang terbiasa menangani kasus perdagangan manusia? Apakah dalam inspeksi (pengawasan rutin oleh kepolisian atau instansi lain yang berwenang) mereka dipandang sebagai calon korban potensial – ataukah dalam semangat kebijakan penanganan pendatang – sebagai sekadar pencari untung yang layak diusir ke luar dari Belanda?

Bilamana polisi menerima laporan tentang kemungkinan adanya praktik penindasan/penghisapan tenaga kerja dalam suatu perusahaan, maka dua hal mungkin terjadi. Pertama, kepolisian akan menangkap/menahan pekerja-pekerja gelap tersebut dan mendeporasinya ke luar Belanda, sedangkan pengusaha yang mempekerjakan migran gelap akan terkena denda. Sikap tindak kepolisian demikian kiranya terkait-berkelindan dengan kebijakan resmi terhadap orang asing/pendatang yang sekarang ini sangat ketat. Jalan lain kiranya juga mungkin: polisi memandang pekerja gelap sebagai korban potensial dari kejahatan penindasan/penghisapan tenaga (perbudakan) dan mengupayakan langkah-langkah yang perlu dalam rangka perlindungan. Juga dimulai proses penuntutan terhadap majikan karena bersalah melakukan perdagangan manusia. Di lihat dari kacamata penanganan kejahatan perdagangan manusia, kiranya yang terakhir disebut adalah yang seyoginya ditempuh. Namun justru opsi ini bertentangan dengan kebijakan ketat yang dikembangkan bertahun-tahun berkenaan dengan penanganan orang asing/migran. Ilustrasi di atas relevan bagi kepolisian, namun persoalannya lebih dari itu dan menjangkau keseluruhan proses penyidikan-penuntutan (Van der Leun, 2011). Kebijakan penanganan orang asing/migran kerapkali diprioritaskan mendahului penanggulangan perdagangan manusia. Kiranya kecenderungan demikian tidaklah khas Belanda (lihat juga Krieg 2009, Skrivankova 2010).

Di dalam praktik adanya kedua opsi sebagaimana diuraikan di atas tidak terperhatikan. Setiap instansi pemerintah (penegak hukum) kiranya masih juga bekerja terutama dalam rangka pencapaian tujuan-tujuannya

sendiri. Jika ke dalamnya termasuk penyelidikan/penyidikan pekerja/migran gelap atau illegal, maka itu pun akan diprioritaskan. Alhasil kerap terjadi korban kejahatan penghisapan/penindasan di luar industri seks (prostitusi) tidak mendapatkan hak atau perlindungan yang semestinya mereka peroleh. Indikasi adanya bentuk-bentuk perdagangan manusia tersebut kerap kali juga tidak dikenali oleh kepolisian dan instansi berwenang lainnya (NRM 2009: 512). Padahal bagi para pekerja gelap implikasi dari itu semua adalah pilihan antara dihukum atau dilindungi. Konklusi yang dapat ditarik berkenaan dengan penanganan kejahatan perdagangan manusia karena itu ialah adanya intensifikasi usaha, namun juga masih kerap terjadi perbenturan dengan kebijakan penanganan orang asing/pendatang.

6. Latarbelakang kultural dan peran dari persepsi

Setelah ulasan bentuk-bentuk penindasan/penghisapan tenaga manusia lainnya dan penanggulangannya kita beranjak pada dua pertanyaan yang tersisa yang muncul dari kasus krupuk di atas: peran persepsi dan peran budaya. Kita mulai dari budaya. Perdagangan manusia bukanlah delik (berlatarbelakang nilai-nilai) budaya. Terlepas dari itu tahun-tahun terakhir terungkap pula bahwa ke dalam unsur paksaan dan penindasan/penghisapan yang menjadi bagian rumusan delik dapat dimuatkan pula sejumlah elemen budaya. Dari ketentuan Pasal 273f Sr. ternyata bahwa unsur paksaan (*dwang*) yang menjadi bagian penting dari rumusan delik bisa terwujud dalam pelbagai cara. Termasuk ke dalamnya (ancaman) kekerasan, penipuan (*misleiding*) dan penyalahgunaan posisi rentan atau ketidakseimbangan posisi (*misbruik maken van een kwetsbare positie of overwicht*). Adanya paksaan tersebut dapat menyebabkan seseorang terjebak masuk ke dalam situasi ditindas/dihisap dan mencegahnya melepaskan diri dari situasi demikian. Juga tanpa diupayakannya secara khusus tindakan membatasi atau meniadakan kebebasan fisik korban, korban dapat merasa bahwa ia tidak mungkin melepaskan diri dari situasi ditindas/dihisap tenaganya. Korvinus et al. (2006) menyatakan bahwa kita harus turut memperhitungkan faktor bagaimana korban secara subjektif menilai (mempersepsikan) situasinya sendiri, sekalipun pengalamannya tentang ketidakbebasan yang dialami juga harus dinilai secara objektif berdasarkan fakta dan situasi-kondisi yang ada seperti adanya ancaman dihukum, status keimigrasian (pendatang ilegal) atau konteks budaya.

Hakim juga berhadapan dengan pertanyaan kapan dapat dikatakan telah muncul situasi perdagangan manusia dan sebaliknya penempatan/penggunaan tenaga kerja illegal berhenti. Dalam satu kasus yang banyak menarik perhatian masyarakat (Belanda) dan dikenal sebagai kasus Mehak (*Mehakzaak*) hakim mempertimbangkan:

'Demi keuntungan terdakwa juga harus turut diperhitungkan bahwa semua

kejadian berlangsung dalam latarbelakang (budaya atau tata nilai) India, di dalam mana (korban) pada waktu tindak pidana yang didakwakan diperbuat (tempus delictie) tidak mengalaminya sebagai suatu ketidaksukarelaan (pakaan), hal mana menurut ukuran Belanda sejatinya telah dianggap ada.²

Hakim dalam perkara di atas kiranya mengartikan standar yang ditetapkan undang-undang pada tingkat tertentu secara relatif. Kutipan di atas dari putusan pengadilan Den Haag membandingkan dan menilai pengalaman migran India di Belanda dengan tolok ukur Belanda. Apa sebenarnya nilai-nilai yang melandasi tolok ukur tersebut, kendati begitu, tidaklah seragam dan juga bukan sesuatu yang bersifat konstan. Setiap budaya kiranya bersifat dinamis dan terwujud dengan beranekarupa cara.

Di dalam lingkup ilmu hukum Belanda sudah sejak lama berkembang perhatian terhadap persinggungan antara masyarakat multikultural dengan hukum pidana. Perhatian tersebut terfokus pada ke(tidak)mungkinan atau dapat/tidaknya diterimanya pembelaan atas dasar nilai-nilai budaya dalam hukum (acara) pidana Belanda. Satu pembelaan atas dasar nilai-nilai budaya – singkat kata – berarti bahwa terdakwa merujuk pada latarbelakang budayanya sebagai alasan untuk meniadakan pidana atau alasan untuk mengurangkan hukuman (*strafuitsluitings- of strafverminderingssgrond*). Perdebatan yang selama ini muncul masih terfokus seputar apa yang dinamakan delik-delik kultural (*culturele delicten*), seperti pembunuhan atas dasar kehormatan keluarga (*eerwraak: siri/carok*) dan sunat perempuan (atau *female genital mutilation*). Kiranya tidak banyak dilakukan penelitian terhadap bagaimana hakim-hakim (pidana) mempertimbangkan atau mengesampingkan faktor-faktor budaya dalam kasus-kasus berbeda, misalnya yang berkaitan dengan perdagangan manusia di luar industri seks.

Dalam satu penelitian pendahuluan yang dilaksanakan pada 2009, tujuh kasus perdagangan manusia bentuk lainnya (di luar prostitusi) yang di Belanda telah dituntaskan dengan putusan akhir tampaknya ditenggarai pula sebagai kasus pidana yang memuat elemen budaya (De Jonge van Ellemeet et al 2009). Analisis yang dilakukan terhadap berkas-berkas perkara dari tujuh kasus besar di atas menunjukkan bahwa dengan pelbagai cara pihak-pihak dalam perkara kerap merujuk pada budaya, baik dalam penetapan fakta maupun dalam uraian perihal penetapan hukuman yang sedianya layak dijatuhkan. Juga di dalam setiap dokumen dalam berkas perkara dapat kita temukan indikator perujukan pada latarbelakang budaya. Bahkan dalam kasus penghisapan/penindasan pertama yang diperiksa dan diputus kita temukan bahwa semua pihak dalam perkara kerap merujuk pada latarbelakang budaya. Hakim yang memeriksa

2 Rechtbank 's-Gravenhage, 14 December 2007, LJN BC1761, dalam kasus Mehak.

perkara-perkara tersebut berhadapan dengan perujukan-perujukan pada latarbelakang budaya. Pada saat sama mereka tidak memiliki pegangan (panduan/pedoman) pasti bagaimana mengeyampingkan perujukan seperti itu, dan seringkali tampak ragu-ragu untuk menerima dan turut mempertimbangkan faktor latarbelakang budaya ke dalam putusan akhirnya.

Bagaimana mencari keseimbangan dan menilai faktor budaya tampaknya dalam kasus-kasus perdagangan manusia bentuk lainnya menjadi lebih sulit bila dibandingkan dengan kasus-kasus pidana lain. Dalam upaya untuk mempertajam perbedaan antara kejadian perdagangan manusia dari sekadar pemberian/pengelolaan kerja yang buruk, faktor latarbelakang budaya memainkan peran penting dan kompleks. Demikian, maka turut mempertimbangkan pengaruh latarbelakang budaya terhadap persepsi korban perihal ada/tidaknya paksaan bisa saja bertentangan dengan kewajiban untuk memeriksa dan menilai ada/tidaknya perdagangan manusia bertitiktolak dari norma-norma yang berlaku di Belanda. Temuan yang diungkap penelitian pendahuluan ini ialah bahwa ada kebutuhan untuk memperoleh kejelasan lebih perihal tolok ukur yang dapat dipergunakan dalam memutuskan apakah perdagangan manusia dalam bentuk lain terbukti ada atau tidak. Hal ini menjadi penting karena mereka yang terkait bisa jadi berpikiran lain dan mengalaminya secara berbeda pula.

Tentu harus diakui bahwa hidup sederhana di luar negeri tidak serta merta harus disamakan dengan hidup di bawah penghisapan/penindasan. Banyak dari migran illegal merasa cukup layak dan tidak bermasalah bertempat tinggal di antara tumpukan dus-dus karton. Bekerja keras dan mendapatkan uang pada tahap tertentu dalam kehidupan mereka adalah lebih penting daripada hidup nyaman atau hidup berguna (terpandang) dalam masyarakat. Mereka juga secara masuk akal memiliki preferensi lain daripada masyarakat asli Belanda (*autochtone*) atau migran legal lainnya yang sudah lama bermukim di negara-negara barat. Lagipula terbuka kemungkinan bahwa ditempat asal atau tempat lain nasib atau pengalaman mereka lebih buruk. Terlepas dari itu yurisprudensi semakin tegas menunjukkan bahwa hakim-hakim harus berpegang pada tolok ukur Belanda dan tidak pada tempatnya untuk menggunakan relativisme budaya. Hakim lagipula mempertimbangkan dengan jelas bahwa paksaan (*dwang*) dalam konteks perdagangan manusia (*human trafficking*) harus dilihat dari situasi-kondisi aktual, terlepas dari apakah korban sendiri bersepakat dan menerima praktik yang dijalankan pelaku (tindak pidana) perdagangan manusia (NRM 2010; Boot & Smit 2007). Dari sudut pandang yuridis, maka itu tidaklah relevan temuan bahwa banyak korban tidak memandang diri mereka sendiri sebagai korban (dan sebab itu menurut penulis-penulis lain harus dikatakan telah ada

'perdagangan manusia konsensuil'). Ulasan di atas membawa kita pada persoalan persepsi.

Pakar-pakar ilmu sosial banyak mengajukan kritikan bahwa hukum pidana Belanda begitu saja mengenyampingkan realita yang dialami banyak pekerja migran. Pakar kriminologi, Hiah, meneliti, dari sudut pandang internal, perikehidupan masyarakat Cina/Tionghoa dan situasi-kondisi pekerjaan di sektor restoran di Belanda. Ia menunjukkan bahwa beranjak dari adat-istiadat (*cultural*) yang berkembang dalam masyarakat Tionghoa ditenggarai munculnya norma-norma yang bersifat timbalbalik dan mengatur relasi antara pemberi kerja dengan migran illegal. Daya berlaku atau kekuatan mengikat norma-norma tersebut bagi keduabelah pihak dialami sebagai lebih kuat daripada ketentuan memaksa di dalam perundang-undangan perburuhan Belanda perihal kerja atau upah. Di samping itu dalam masyarakat Tionghoa, kurang berguna indikator pemisahan antara kehidupan privat dan dunia kerja. Sebaliknya oleh pengusaha Belanda ketiadaan pemisahan kehidupan privat dan dunia kerja dipandang sebagai salah satu indikator penting untuk menunjukkan adanya penyalahgunaan posisi ketergantungan dan sebab itu juga adanya tindak pidana perdagangan manusia. Dalam beberapa kasus menurut undang-undang sudah jelas terdapat penindasan/penghisapan dan perdagangan manusia, padahal keduabelah pihak (majikan dan buruh) tidak mengalami dan mempersepsikannya seperti demikian (Hiah 2011). Staring (2011) melanjutkan pandangan itu dan di dalam orasinya menyatakan bahwa kenyataan pengaruh tata nilai budaya dan persepsi pelaku dan korban kiranya diabaikan begitu saja dalam pengembangan kebijakan penangangan tindak pidana perdagangan manusia.

7. Konklusi

Perdagangan manusia (*mensenhandel/human trafficking*) merupakan fenomena yang semakin intesif mendapatkan perhatian masyarakat global. Dalam tulisan ini ulasan diberikan pada sejumlah aspek-aspek kriminologis dari perdagangan manusia di luar industri seks atau yang dinamakan juga penghisapan/penindasan bentuk lain (*overige uitbuiting*). Pada 2005, bentuk penghisapan/penindasan tersebut di Belanda – atas dasar dan dengan merujuk pada perjanjian-perjanjian internasional – dirumuskan sebagai tindak pidana tersendiri di dalam KUHPidana Belanda. Khususnya bagi kasus tindak pidana penghisapan/penindasan dalam bentuk-bentuk lain kita dapat tunjukkan fakta bahwa kriminalisasi perbuatan tersebut baru beberapa tahun lalu terjadi. Alhasil kita dapat memperoleh pemahaman tentang dampak kriminalisasi *de jure* terhadap fenomenon yang sekalipun sudah lama terjadi tidak diidentifikasi dan dikategorikan sebagai kejahatan.

Beranjak dari teori *strain* ditunjukkan bahwa bilamana pemberi kerja (majikan) tidak berhasil untuk – melalui cara-cara legitim mencapai tujuan-tujuan yang dinilai baik oleh masyarakat dalam bentuk perolehan keuntungan dan perluasan usaha – terbuka kemungkinan mereka akan mendayagunakan cara-cara yang tidak absah, misalnya dalam wujud melakukan penghisapan/penindasan buruh. Migran ilegal masuk ke dalam kategori kelompok rentan dan merekalah yang besar peluangnya menjadi korban penindasan/penghisapan demikian.

Berkenaan dengan ruang lingkup kejahatan di atas dapat dikatakan bahwa tidak tersedia angka yang terpercaya. Di samping itu kita berhadapan dengan jumlah angka gelap (*dark number*) yang sangat besar. Dampak dari perumusan perbuatan tersebut di atas sebagai tindak pidana ialah tumbuhkembangnya perhatian masyarakat terhadap kejadian-kejadian berkenaan dengan fenomena itu dan sekaligus berkembangnya ihtiar penanganan/pemberantasan perdagangan manusia. Alhasil banyak kasus yang muncul ke permukaan dan di bawa ke hadapan pengadilan. Selain itu dalam banyak kasus kita tenggarai kebanyakan korban adalah laki-laki dewasa. Sebelumnya perhatian tercurah hanya pada industri seks di mana terutama perempuan yang menjadi korban. Dalam perbandingan dengan jumlah total migran ilegal, jumlah korban yang terdata di instansi-instansi yang berwenang sangatlah kecil.

Dapat dikatakan telah tercapai banyak kemajuan dalam penanganan kejahatan ini selama beberapa tahun terakhir. Juga diperoleh kemajuan dan kejelasan dalam menghadapi sejumlah kendala penting yang menghambat penanganan tindak pidana tersebut. Pertama ialah persoalan bagaimana mendefinisikan penghisapan/penindasan bentuk-bentuk lain (*overige uitbuiting*) dan membedakannya dari bentuk-bentuk perdagangan manusia pada umumnya. Kedua, berkaitan dengan persoalan seberapa jauh latarbelakang budaya dan persepsi korban dan pelaku akan turut dipertimbangkan dalam putusan akhir hakim. Pengamatan bahwa orang-orang Indonesia di dalam kasus krupuk di atas bisa jadi bernasib lebih buruk bila bekerja di tempat lain (di luar Belanda) karena itu oleh hakim Belanda akan dianggap tidak relevan karena hakim sejatinya akan beranjak dari norma-norma yang berlaku dalam konteks Belanda.

Kendati begitu, satu persoalan yang tersisa ialah kenyataan bahwa kebijakan penanganan tindak pidana penghisapan/penindasan (sebagai bagian dari perdagangan manusia) kiranya masih bersifat sangat selektif. Kebanyakan dari bentuk-bentuk penghisapan/penindasan tenaga kerja tidak dikenali sebagai bentuk kejahatan khusus yang mengorbankan pekerja karena dalam banyak kasus pekerja gelap (ilegal) kebijakan penanganan masih terutama menggunakan perspektif kebijakan penanganan migran (pendatang). Pekerja gelap yang kemudian masuk ke dalam jebakan penindasan/penghisapan dengan cara itu hanya

dipandang sebagai pelanggar hukum (aturan imigrasi) dan bukan korban tindak pidana. Persoalan terakhir ini kiranya layak dikecam dan diperbaiki terutama dari sudut pandang kepentingan perlindungan hak asasi manusia. Pada lain pihak, kita juga tidak boleh lupa realitas maraknya pekerja illegal, hal mana berkaitan dengan ruang lingkup dan daya cengkeram ekonomi bayang-bayang. Kiranya tidak realistik dan juga tidak dikehendaki untuk mengkategorikan semua itu sebagai (tindak pidana) perdagangan manusia.

DAFTAR PUSTAKA

Bales, K. (1999) *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, Berkeley: University of California Press.

Bogaerts, A.F.A., De Jonge van Ellemeet en J.P. van der Leun & (2009) De rol van culturele achtergrond in overige uitbuitingszaken. *Proces, Tijdschrift voor berechting en reclassering*, 88 (5), 263-275.

Coster van Voorhout, J. (2007) Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime. *Utrecht Law Review* 3(2), 44-69.

De Jonge van Ellemeet, H., (2007). Slecht werkgeverschap of moderne slavernij; handhaving van een nader af te bakenen verbod. *Justitiële Verkenningen*, 3(7), 107-119.

EU-Actieplan mensenhandel (2005), 12402/3/05 REV 3, CRIMORG 93 of PB C 311 van 9.12.2005

EU Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/l33137_nl.htm

Heijden, P.G.M. van der, Cruyff, M., Gils, G.H.C. van (2011) *Schatting illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen in 2009*. Den Haag: WODC.

Hiah, J. (2011) *Door de Ogen van de Baas. Chinese werkgevers en werknemers over [illegale] arbeid en uitbuiting*. Rotterdam: Erasmus Universiteit, masterscriptie.

International Labour Office (2009) ILO/ International Labour Organisation (2009) "Forced Labour". http://www.ilo.org/global/Themes/Forced_Labour/lang--en/index.htm

Korvinus, D., D. Koster & H. de Jonge van Ellemeet (2006) Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273a Sr. *Trema, Tijdschrift voor de rechterlijke Macht* 29 (7): 286-290

Krieg, S.H. (2009) Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights . *European Law Journal*, 15 (6), 775-790.

Kyle, D. & Koslowski, R., eds. (2001) *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*. Baltimore, Johns Hopkins University Press.

Leun, J.P. van der (2011) (EU) Migration Policy and Labour Exploitation. In: Rijken, C. (Ed.), *Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*, 425-440. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Leun, J. van der, & L. Vervoorn (2004). *Slavernij-achtige uitbuiting in*

Nederland. Een inventariserende literatuurstudie in het kader van de uitbreiding van de strafbaarstelling van mensenhandel. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Leun, J.P., van der & M. Ilies (2010) The Netherlands: Assessing the Irregular Population in a Restrictive setting. In Triandafyllidou, A. (Ed.) *Irregular Migration in Europe. Myths and Realities* (pp. 187-206). Farnham, Burlington: Ashgate.

Merton, R.K. (1938). Social structure and anomie. *American Sociologist Review*, 3, 672-682.

Merton, R. K. (1957). *Social theory and social structure* (2nd ed.). New York: Free Press.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel/NRM (2009). *Zevende rapportage van de nationaal rapporteur*. Den Haag: BNRM.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel/NRM (2010). *Mensenhandel – 10 jaar Nationaal Rapporteur Mensenhandel in Nederland – Achtste rapportage van de nationaal rapporteur*. Den Haag: BNRM.

Rijken, C. & D. Koster (2008) *Human Rights Based Approach to Trafficking in Human Beings in Theory and Practice*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1135108>

Ruggiero, V. (1997). Trafficking in Human Beings : Slave in Contemporary Europe. *International Journal of Sociology of Law* 25: 231-244.

Salt, J. & J. Stein (1997). Migration as a Business : The Case of Trafficking. *International Migration* 35, 4: 467-494.

Skrivankova, K. (2010) *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*. London: Joseph Rowntree Foundation.

Smit, M. & M. Boot (2007) Het begrip mensenhandel in de Nederlandse context. Achtergronden en reikwijdte. *Justitiële Verkenningen* 33 (7), 10-22.

Staring, R. (2011) *Moderne slavernij of gewoon werk?* Rotterdam Erasmus Universiteit, oratie 2 december 2011.

Tyldum, G. (2010) Limitations in Research on Human Trafficking. *International Migration* 48 (5), 1-13.

Wijers, M. & L. Lap Chew (1999) *Trafficking in women forced labor and slavery-like practices in marriage domestic labour and prostitution*. Utrecht: Stichting Tegen Vrouwenhandel.

BAGIAN 2

SUBSTANSI HUKUM PIDANA

TINDAK PIDANA KORUPSI: UPAYA PENCEGAHAN DAN PEMBERANTASAN

Septa Candra

Tulisan ini membahas mengenai upaya-upaya hukum yang dapat dilakukan dalam rangka pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia. Sulitnya pemberantasan tindak pidana korupsi, dikarenakan permasalahan korupsi bukan hanya terjadi dan terdapat di lingkungan birokrasi baik di lembaga eksekutif, yudikatif, dan legislatif, tetapi juga telah berjangkit dan terjadi pula pada sektor swasta, dunia usaha dan lembaga-lembaga dalam masyarakat pada umumnya. Permasalahan pemberantasan korupsi tidak semata-mata merupakan persoalan hukum, tetapi juga merupakan persoalan sosial, ekonomi dan politik, sehingga upaya pemberantasannya harus bersifat komprehensif dan multidisipliner.

1. Korupsi sebagai *extra ordinary crime*

Korupsi di Indonesia telah merambah ke seluruh lini kehidupan masyarakat dan dilakukan secara sistematis, sehingga merusak perekonomian dan menghambat pembangunan serta memunculkan stigma negatif bagi bangsa dan negara Indonesia di dalam pergaulan masyarakat internasional. Upaya pemberantasannya pun terkendala dan berpacu dengan munculnya beragam modus operandi korupsi yang semakin canggih (*sophisticated*). Korupsi mempunyai banyak segi dan dapat dipandang dari segi politik, ekonomi, budaya, kriminologi dan sebagainya. Korupsi yang melanda negara Indonesia sudah sangat serius dan merupakan kejahatan yang luar biasa (*extra ordinary crime*) serta menggoyahkan sendi-sendi kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, dan membahayakan keberadaan negara. Hal ini terjadi karena perilaku korupsi merusak berbagai macam tatanan, seperti tatanan hukum, tatanan politik, dan tatanan sosial budaya dari negara yang bersangkutan.

Dalam penanggulangan tindak pidana korupsi harus dilakukan secara komprehensif, yang meliputi "*legal substance, legal structure, dan legal culture*". Meskipun undang-undang merupakan aspek penting yang akan menentukan bekerjanya sistem peradilan pidana, namun keberadaan undang-undang saja tidak akan menjadi "*sufficient condition*". Sekalipun ia merupakan suatu "*necessary condition*", akan tetapi adanya "*political will*", perilaku aparat penegak hukum, konsistensi penerapan hukum, dan budaya hukum adalah "*determining factors*". Pendekatan struktur dan substantif tidak akan berhasil jika tidak diikuti pendekatan budaya dan etika dari penegak hukum itu sendiri yang sering terkontaminasi korupsi lanjutan. Permasalahan korupsi di negara Indonesia masih merupakan masalah besar dan menjadi agenda bersama untuk memeranginya.

Tindak pidana korupsi tergolong sebagai "*extra ordinary crime*", sehingga untuk memberantasnya dibutuhkan "*extra ordinary measure*". Dalam hubungan ini, penerapan konsep "*materiele wederrechtelijk*", konsep "*reversal of the burden of proof(omkering van de bewijslast)*", dan pembentukan institusi khusus sebagai "*anti corruption agency*" yang independen menjadi cukup penting dan relevan dalam rangka pemberantasan tindak pidana korupsi. Korupsi yang bersifat "*extra-ordinary crime*" juga mempunyai arti bahwa korupsi merupakan kejahatan yang luar biasa dan bersifat transnasional sehingga pemberantasannya diperlukan kerja sama internasional. Kerjasama ini dituangkan dalam *United National Convention Against Corruption* pada tanggal 29 September 2003.

Jeremy Pope¹ mensinyalir korupsi makin mudah ditemukan di berbagai bidang kehidupan. Pertama, karena melemahnya nilai-nilai sosial, kepentingan pribadi menjadi lebih utama dibanding kepentingan umum, serta kepemilikan benda secara individual menjadi etika pribadi yang melandasi perilaku sosial sebagian besar orang. Kedua, tidak ada transparansi dan tanggung gugat sistem integritas publik. Berbagai kalangan menganggap korupsi sepertinya sudah masuk di seluruh lini kehidupan dan sepertinya telah menyatu dengan sistem penyelenggaraan pemerintahan negara. Meningkatnya aktivitas korupsi, menurut Patrick Glynn, Stephen J. Korbin dan Moises Naim, baik yang sesungguhnya maupun yang dirasakan ada di beberapa negara, karena terjadinya perubahan politik yang sistematik, sehingga memperlemah atau menghancurkan tidak saja lembaga sosial dan politik, tetapi juga hukum.²

Upaya atau kebijakan untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan termasuk bidang "kebijakan kriminal".

1 Jeremy Pope, *Strategi Memberantas Korupsi*, (Jakarta:Transparency International Indonesia, 2003), hlm. 2

2 Lihat Kimberly Ann Elliot, *Corruption and The Global Economy*, edisi pertama, (Jakarta: terjemahan Yayasan Obor Indonesia, 1999), hlm. 11

Kebijakan kriminal pun tidak terlepas dari kebijakan yang lebih luas, yaitu "kebijakan sosial" (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) dan kebijakan untuk perlindungan masyarakat (*social defence*).³ Dengan demikian sekiranya kebijakan penanggulangan kejahatan menggunakan sarana penal (hukum pidana) maka kebijakan tersebut harus mengarah pada tercapainya kesejahteraan masyarakat dan perlindungan masyarakat.

Dalam konteks yang komprehensif, tidak dapat dipungkiri lagi bahwa korupsi merupakan *white collar crime* dengan perbuatan yang selalu mengalami dinamisasi modus operandinya dari segala sisi sehingga dikatakan sebagai *invisible crime* yang sangat sulit memperoleh prosedural pembuktiannya, karenanya sering kali memerlukan "pendekatan sistem" (*system approach*) terhadap pemberantasannya.⁴ Upaya pencegahan korupsi di Indonesia masih bersifat masiv, perkembangan hukum tentang tindak pidana korupsi terfokus pada upaya represif, tetapi sangat minim perhatian pada fungsi preventif, dalam hukum pidana umumnya pencegahan suatu tindak pidana, termasuk tindak pidana korupsi dibedakan menjadi dua, yaitu *General prevention (prevention for potential offender)* dan *Special prevention (prevention for offender)*, tetapi semuanya itu *passive prevention* dan terkadang mengabaikan upaya yang sifatnya *active prevention*, padahal pencegahan tindak pidana korupsi seharusnya dilakukan dengan membangun sistem kekebalan (*immunity system*), sehingga orang tercegah sebelum terjangkit korupsi.

2. Pengertian korupsi

Dilihat dari sudut terminologi, istilah korupsi berasal dari kata "*corruptio*" dalam bahasa Latin yang berarti kerusakan atau kebobrokan, dan dipakai pula untuk menunjuk suatu keadaan atau perbuatan yang busuk. Dalam perkembangan selanjutnya, istilah ini mewarnai perbendaharaan kata dalam bahasa berbagai negara, termasuk bahasa Indonesia. Istilah korupsi yang sering dikaitkan dengan ketidakjujuran atau kecurangan seseorang dalam bidang keuangan. Dengan demikian, melakukan korupsi berarti melakukan kecurangan atau penyimpangan menyangkut keuangan negara. Hal itu dikemukakan pula oleh Henry Campbell Black,⁵ yang mengartikan korupsi sebagai: "*an act done with an intent to give some advantage inconsistent with official duty and the rights of others*". (terjemahan

3 Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Cetakan pertama, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007), hlm. 77

4 Indriyanto Seno Adji, *Korupsi Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, (Jakarta: CV. Diadit Media, 2007), hlm 374

5 Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary With Pronunciations*, (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1983), hlm. 182

bebasnya: sesuatu perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk memberikan suatu keuntungan yang tidak sesuai dengan kewajiban resmi dan hak-hak dari pihak lain). Termasuk pula dalam pengertian “*corruption*” menurut Black adalah, perbuatan seorang pejabat yang secara melanggar hukum menggunakan jabatannya untuk mendapatkan suatu keuntungan yang berlawanan dengan kewajibannya. “*an act done with an intent to give some advantage inconsistent with official duty and the rights of others*”. (terjemahan bebasnya: sesuatu perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk memberikan suatu keuntungan yang tidak sesuai dengan kewajiban resmi dan hak-hak dari pihak lain). Dalam *Webster’s New American Dictionary*, kata “*corruption*” diartikan sebagai “*decay*” (lapuk), “*contamination*” (kemasukan sesuatu yang merusak), dan “*impurity*” (tidak murni). Sedangkan kata “*corrupt*” dijelaskan sebagai “*to become rotten or putrid*” (menjadi busuk, lapuk atau buruk), juga “*to induce decay in something originally clean and sound*” (memasukkan sesuatu yang busuk, atau yang lapuk ke dalam sesuatu yang semula bersih dan bagus).⁶

Sementara itu, di dalam kamus umum bahasa Indonesia, kata korupsi diartikan sebagai perbuatan yang buruk seperti penggelapan uang, penerimaan uang sogok dan sebagainya.⁷ Sedangkan menurut Sudarto, istilah korupsi berasal dari perkataan “*corruption*”, yang berarti kerusakan. Disamping itu perkataan korupsi dipakai pula untuk menunjuk keadaan atau perbuatan yang busuk. Korupsi banyak disangkutkan kepada ketidak-jujuran seseorang dalam bidang keuangan.⁸ Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dalam Pasal 3 memberikan pengertian korupsi sebagai berikut :

Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.

Secara umum korupsi berhubungan dengan perbuatan yang merugikan kepentingan negara atau masyarakat luas untuk kepentingan pribadi, kelompok, atau keluarga tertentu. Dalam perkembangan selanjutnya, istilah ini mewarnai perbendaharaan kata dalam bahasa berbagai negara, termasuk bahasa Indonesia. Istilah korupsi sering dikaitkan dengan ketidakjujuran atau kecurangan seseorang dalam bidang keuangan. Dengan demikian, melakukan korupsi berarti melakukan kecurangan atau penyimpangan menyangkut keuangan.

Brooks, sebagaimana dikutip oleh Alatas, memberikan perumusan

6 Lihat A. Mariam Webster, *New International Dictionary*, (G & C Marriam Co. Publishers Springfield Mass USA, 1985)

7 W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1976)

8 Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1986), hlm 42

korupsi, sebagai berikut: "dengan sengaja melakukan kesalahan atau melalaikan tugas yang diketahui sebagai kewajiban, atau tanpa hak menggunakan kekuasaan, dengan tujuan memperoleh keuntungan yang sedikit banyak bersifat pribadi". Selanjutnya ciri-ciri korupsi diringkaskan sebagai berikut:

- a. Suatu penghianatan terhadap kepercayaan.
- b. Penipuan terhadap badan pemerintah, lembaga swasta atau masyarakat umumnya.
- c. Dengan sengaja melalaikan kepentingan umum untuk kepentingan khusus.
- d. Dilakukan dengan rahasia, kecuali dalam keadaan dimana orang-orang yang berkuasa atau bawahannya menganggap tidak perlu.
- e. Melibatkan lebih dari satu orang atau pihak.
- f. Adanya kewajiban dan keuntungan bersama, dalam bentuk uang atau yang lain.
- g. Terpusatnya kegiatan (korupsi) pada mereka yang menghendaki keputusan yang pasti dan mereka yang dapat mempengaruhinya.
- h. Adanya usaha untuk menutupi perbuatan korup dalam bentuk-bentuk pengesahan hukum.
- i. Menunjukkan fungsi ganda yang kontradiktif pada mereka yang melakukan korupsi.

Dari segi tipologi, menurut Alatas, korupsi dapat dibagi dalam tujuh jenis yang berlainan, yaitu:

1. Korupsi transaktif (*transactive corruption*). Di sini menunjukkan kepada adanya kesepakatan timbal balik antara pemberi dan pihak penerima demi keuntungan kedua belah pihak dan dengan aktif diusahakan tercapainya keuntungan ini oleh kedua-duanya.
2. Korupsi yang memeras (*extortive corruption*) adalah di mana pihak pemberi dipaksa untuk menuap guna mencegah kerugian yang sedang mengancam dirinya, kepentingan dirinya, atau orang-orang, dan hal-hal yang dihargainya.
3. Korupsi investif (*investive corruption*) adalah perilaku korban korupsi dengan pemerasan. Korupsinya adalah dalam rangka mempertahankan diri, seperti pemberian barang atau jasa tanpa ada pertalian langsung dengan keuntungan tertentu, selain keuntungan yang dibayangkan akan diperoleh di masa yang akan datang.
4. Korupsi perkerabatan (*nepotistic corruption*) adalah penunjukan yang tidak sah terhadap teman atau sanak saudara untuk memegang jabatan dalam pemerintahan, atau tindakan yang memberikan perlakuan yang mengutamakan dalam bentuk uang atau bentuk-bentuk lain, kepada mereka, secara bertentangan dengan norma dan peraturan yang berlaku.
5. Korupsi defensif (*defensive corruption*) di sini pemberi tidak bersalah

tetapi si penerima yang bersalah. Misalnya, seorang penguasa yang kejam menginginkan hak milik seseorang, tidak berdasarkan memberikan kepada penguasa tersebut sebagian dari harta itu untuk menyelamatkan harta selebihnya.

6. Korupsi otogenik (*autogenic corruption*) suatu bentuk korupsi yang tidak melibatkan orang lain dan pelakunya hanya seorang diri.
7. Korupsi dukungan (*supportive corruption*) di sini tidak langsung menyangkut uang atau imbalan dalam bentuk lain. Tindakan-tindakan yang dilakukan adalah untuk melindungi dan memperkuat korupsi yang sudah ada.

Definisi tentang korupsi dapat dipandang dari berbagai aspek, bergantung pada disiplin ilmu yang digunakan⁹ sebagaimana dikemukakan oleh Benveniste dalam Suyatno, korupsi didefinisikan menjadi empat jenis, yaitu :

1. *Discretionary corruption*, ialah korupsi yang dilakukan karena adanya kebebasan dalam menentukan kebijaksanaan, sekalipun nampaknya bersifat sah, bukanlah praktik-praktik yang dapat diterima oleh para anggota organisasi. Misalnya, seorang pelayan perizinan Tenaga Kerja Asing, memberikan pelayanan yang lebih cepat kepada "calo", atau orang yang bersedia membayar lebih, ketimbang para pemohon yang biasa-biasa saja. Alasannya karena calo adalah orang yang bisa memberikan pendapatan tambahan. Dalam kasus ini, sulit dibuktikan tentang praktik korupsi, walaupun ada peraturan yang dilanggar. Terlebih lagi apabila dalih memberikan uang tambahan itu dibungkus dengan jargon "tanda ucapan terima kasih", dan diserahkan setelah pelayanan diberikan.
2. *Illegal corruption*, ialah suatu jenis tindakan yang bermaksud mengacaukan bahasa atau maksud-maksud hukum, peraturan dan regulasi tertentu. Misalnya, di dalam peraturan lelang dinyatakan bahwa untuk pengadaan barang jenis tertentu harus melalui proses pelelangan atau tender. Tetapi karena waktunya mendesak (karena turunnya anggaran terlambat), maka proses tender itu tidak memungkinkan. Untuk itu pimpinan proyek mencari dasar hukum mana yang bisa mendukung atau memperkuat pelaksanaan pelelangan, sehingga tidak disalahkan oleh inspektor. Dicarilah pasal-pasal dalam peraturan yang memungkinkan untuk bisa dipergunakan sebagai dasar hukum guna memperkuat sahnya pelaksanaan tender. Dari sebagian banyak pasal, misalnya ditemukanlah suatu pasal yang mengatur perihal "keadaan darurat" atau "*force majeur*". Dalam pasal ini dikatakan bahwa

9 Suyatno, *Korupsi, Kolusi dan Nepotisme*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harahap, 2005), hlm. 17

“dalam keadaan darurat, prosedur pelelangan atau tender dapat dikecualikan, dengan syarat harus memperoleh izin dari pejabat yang berkompeten”. Dari sinilah dimulainya *illegal corruption*, yakni ketika pemimpin memimpin proyek mengartikulasikan tentang keadaan darurat.

3. *Mercenary corruption*, ialah jenis tindak pidana korupsi yang dimaksud untuk memperoleh keuntungan pribadi, melalui penyalahgunaan wewenang dan kekuasaan. Misalnya, dalam sebuah persaingan tender, seorang panitia lelang memiliki kewenangan untuk meluluskan peserta tender. Untuk itu, secara terselubung atau terang-terangan ia mengatakan bahwa untuk memenangkan tender, peserta harus bersedia memberikan uang sogok atau semir dalam jumlah tertentu.
4. *Ideological corruption*, ialah jenis korupsi *illegal* maupun *discretionary* yang dimaksudkan untuk mengejar tujuan kelompok. Misalnya, kasus skandal Watergate adalah contoh *ideological corruption*, dimana jumlah individu memberikan komitmen mereka kepada presiden Nixon ketimbang kepada undang-undang atau hukum. Penjualan aset BUMD untuk mendukung pemenangan pemilihan umum untuk partai politik tertentu adalah contoh dari jenis korupsi ini.¹⁰

3. Masalah korupsi di Indonesia

Dalam konteks korupsi yang terjadi di Indonesia, harus disadari bahwa dengan meningkatnya tindak pidana korupsi yang tidak terkendali akan membawa dampak yang tidak hanya sebatas kerugian negara dan perekonomian nasional tetapi juga pada kehidupan berbangsa dan bernegara. Perbuatan tindak pidana korupsi merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan hak-hak ekonomi masyarakat, sehingga tindak pidana korupsi tidak dapat lagi digolongkan sebagai kejahatan biasa (*ordinary crime*) melainkan telah menjadi kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*), sehingga dalam upaya pemberantasannya tidak lagi dapat dilakukan “secara biasa”, tetapi “dituntut cara-cara yang luar biasa” (*extra ordinary enforcement*).

Tindak pidana korupsi di Indonesia yang telah digolongkan sebagai kejahatan luar biasa atau *extra ordinary crime*, menurut Romli Atmasasmita dikarenakan:

“Pertama, masalah korupsi di Indonesia sudah berurat berakar dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, dan ternyata salah satu program pemerintah adalah penegakan hukum secara konsisten dan pemberantasan KKN. Masalah korupsi pada tingkat dunia diakui merupakan kejahatan yang sangat kompleks, bersifat sistemik dan meluas dan sudah merupakan suatu binatang gurita yang mencengkeram seluruh tatanan sosial dan

10 Ibid., hlm. 17-18

pemerintahan. *Centre for International Crime Prevention (CICP)* adalah salah satu organ Perserikatan Bangsa-Bangsa yang berkedudukan di Wina telah secara luas mendefinisikan korupsi sebagai “*misuse of (public) power to privat gain*”. Berbagai wajah korupsi oleh *CICP* sudah diuraikan termasuk tindak pidana suap (*bribery*), penggelapan (*embezzlement*), penipuan (*freud*), pemerasan yang berkaitan dengan jabatan (*extortion*), penyalahgunaan wewenang (*abuse of discretion*), pemanfaatan kedudukan seseorang dalam aktivitas bisnis untuk kepentingan perorangan yang bersifat illegal (*exploiting a conflict interest, insider trading*), nepotisme (*nepotism*), komisi yang diterima pejabat publik dalam kaitan bisnis (*illegal commision*), dan kontribusi uang secara illegal untuk partai politik.

Kedua, korupsi yang telah berkembang demikian pesatnya bukan hanya merupakan masalah hukum semata-mata melainkan sesungguhnya merupakan pelanggaran hak-hak ekonomi dan sosial masyarakat Indonesia.

Ketiga, kebocoran APBN selama 4 (empat) Pelita sebesar 30 persen telah menimbulkan kemiskinan dan kesenjangan sosial yang besar dalam kehidupan masyarakat karena sebagian rakyat tidak dapat menikmati hak yang seharusnya ia peroleh. Konsekuensi logis dari keadaan sedemikian, maka korupsi telah melemahkan ketahanan sosial bangsa dan negara Republik Indonesia.

Keempat, penegakan hukum terhadap korupsi dalam kenyataannya telah diberlakukan secara diskriminatif baik berdasarkan status sosial maupun berdasarkan latar belakang politik seseorang tersangka atau terdakwa.

Kelima, korupsi di Indonesia bukan lagi *Commission of Anti Corruption (CAC)* di Hongkong telah membuktikan bahwa korupsi dalam era perdagangan global dewasa ini adalah merupakan hasil kolaborasi antara sektor publik dan sektor swasta. Dan justru menurut penelitian tersebut pemberantasan korupsi jenis ini merupakan yang tersulit dibandingkan dengan korupsi yang hanya terjadi di sektor publik. Kita menyaksikan bahwa korupsi di Indonesia sudah merupakan kolaborasi antara pelaku di sektor publik dan sektor swasta. Perkembangan kelima cocok dengan perkembangan di tanah air, karena kebijakan pemerintah dalam pembentukan BUMN atau BUMD atau pernyataan modal pemerintah kepada sektor swasta, sehingga pemberantasan korupsi di Indonesia jauh lebih sulit dari Hongkong, Australia dan negara-negara lain”.¹¹

Lebih lanjut mengenai korupsi di Indonesia, Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan (BPKP) dalam buku yang berjudul “Strategi Pemberantasan Korupsi”,¹² mengemukakan tentang penyebab korupsi di Indonesia, antara lain:

11 Romli Atmasasmita, *Sekitar Masalah Korupsi Aspek Nasional dan Aspek Internasional*, (Bandung: Mandar Maju, 2004), hlm. 4-5

12 Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan, *Strategi Pemberantasan Korupsi Nasional*, (Jakarta: Pusat Pendidikan dan Latihan Pengawasan BPKP, 1999), hlm. 83-96

a. Aspek Individu Pelaku

1). Sifat tamak manusia

Kemungkinan orang yang melakukan korupsi adalah orang yang penghasilannya cukup tinggi, bahkan sudah berlebih bila dibandingkan dengan kebutuhan hidupnya. Kemungkinan orang tersebut melakukan korupsi tanpa adanya godaan dari pihak lain. Bahkan kesempatan untuk melakukan korupsi mungkin juga sudah sangat kecil karena sistem pengendalian manajemen yang ada sudah sangat bagus. Dalam hal pelaku korupsinya seperti itu, maka unsur yang menyebabkan dia melakukan korupsi adalah unsur dalam diri sendiri, yaitu sifat-sifat tamak, sombong, takabbur, rakus yang memang ada pada manusia.

2). Moral yang kurang kuat menghadapi godaan

Seseorang yang moralnya tidak kuat, cenderung lebih mudah untuk terdorong melakukan korupsi karena adanya godaan. Godaan terhadap seseorang yang potensial untuk melakukan korupsi (*potential offender*) berasal dari atasannya, teman setingkat, teman sejawat, atau pihak luar yang dilayani.

3). Penghasilan kurang mencukupi kebutuhan hidup yang wajar

Penghasilan pegawai negeri seharusnya dapat memenuhi kebutuhan hidup pegawai negari tersebut beserta keluarganya secara wajar. Apabila ternyata penghasilannya sebagai pegawai negeri tidak dapat menutupi kebutuhan hidup yang wajar, misalnya hanya cukup untuk hidup wajar selama sepuluh hari dalam sebulan, maka mau tidak mau pegawai negeri tersebut harus mencari tambahan penghasilan untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Dalam hal seperti ini, adalah suatu keterpaksaan untuk mencari tambahan penghasilan untuk memenuhi kebutuhan hidupnya.

4). Kebutuhan hidup yang mendesak

Kebutuhan yang mendesak seperti kebutuhan keluarga, kebutuhan untuk membayar hutang, kebutuhan untuk membayar pengobatan yang mahal karena istri atau anak sakit, kebutuhan untuk membiayai anak sekolah, kebutuhan untuk mengawinkan anaknya merupakan bentuk-bentuk dorongan seorang pegawai negeri yang berpenghasilan kecil untuk berbuat korupsi.

5). Gaya hidup konsumtif

Kehidupan di kota-kota besar acapkali mendorong gaya hidup seseorang konsumtif. Perilaku konsumtif semacam ini bila tidak diimbangi dengan pendapatan yang memadai akan membuka peluang seseorang untuk melakukan berbagai tindakan untuk memenuhi hajatnya. Salah satu kemungkinan tindakan itu adalah dengan korupsi.

6). Malas atau tidak mau bekerja keras

Sebagian orang ingin mendapatkan hasil dari sebuah pekerjaan tanpa keluar keringat alias males bekerja. Sifat semacam ini akan potensial melakukan tindakan apapun dengan cara-cara mudah dan cepat, diantaranya melakukan korupsi.

7). Ajaran-agaran agama kurang diterapkan secara benar

Indonesia dikenal sebagai bangsa religius yang tentunya melarang tindak korupsi dalam bentuk apapun. Kenyataannya menunjukkan bahwa korupsi masih berjalan subur di tengah masyarakat. Situasi paradok ini menandakan bahwa ajaran agama kurang diterapkan dalam kehidupan.

b. Aspek organisasi

1) Kurang adanya sikap keteladanan pimpinan

Posisi pemimpin dalam suatu lembaga formal maupun informal mempunyai pengaruh penting bagi bawahannya. Bila pemimpin tindak bisa memberi keteladanan yang baik dihadapan bawahannya, misalnya berbuat korupsi, maka kemungkinan besar bawahannya akan mengambil kesempatan yang sama dengan atasannya.

2) Tidak adanya kultur organisasi yang benar

Kultur organisasi biasanya punya pengaruh kuat terhadap anggotanya. Apabila kultur organisasi tidak dikelola dengan baik, akan menimbulkan berbagai situasi tidak kondusif mewarnai kehidupan organisasi. Pada kondisi demikian perbuatan negatif seperti korupsi memiliki peluang untuk menjadi tambah subur.

3) Sistem akuntabilitas yang benar di instansi pemerintahan yang kurang memadai

Pada institusi pemerintahan umumnya belum merumuskan dengan jelas visi dan misi yang diembannya dan juga belum merumuskan dengan tujuan dan sasaran yang harus dicapai dalam periode tertentu guna mencapai misi tersebut. Akibatnya, terhadap instansi pemerintah sulit dilakukan penilaian apakah instansi tersebut berhasil mencapai sasarannya atau tidak. Selanjutnya tentu akan menimbulkan akibat lebih lanjut yaitu kurangnya perhatian pada efisiensi penggunaan sumber daya yang dimiliki. Keadaan ini memunculkan situasi organisasi yang kondusif untuk praktik-praktik korupsi.

4) Kelemahan sistem pengendalian manajemen

Pengendalian manajemen merupakan salah satu syarat bagi tindak pelanggaran korupsi dalam sebuah organisasi. Semakin longgar/lemah pengendalian manajemen sebuah organisasi akan semakin terbuka perbuatan korupsi anggota atau pegawai di dalamnya.

5) Manajemen cenderung menutupi korupsi di dalam organisasi
Pada umumnya jajaran manajemen selalu menutupi tindak korupsi yang dilakukan oleh segelintir oknum dalam organisasi. Akibat sifat tertutup ini pelanggaran korupsi justru terus berjalan dengan berbagai bentuk.

c. *Aspek tempat individu dan organisasi berada*

- 1) Nilai-nilai di masyarakat kondusif untuk terjadinya korupsi. Korupsi dapat ditimbulkan oleh budaya masyarakat. Misalnya, masyarakat menghargai seseorang karena kekayaan yang dimilikinya. Sikap ini seringkali membuat masyarakat tidak kritis pada kondisi, misalnya darimana kekayaan itu didapatkan.
- 2) Masyarakat kurang menyadari sebagai korban utama korupsi. Mereka masih kurang menyadari bila yang paling dirugikan dalam korupsi itu adalah masyarakat. Anggapan masyarakat umum yang rugi oleh korupsi itu adalah negara. Padahal bila negara rugi, yang rugi adalah masyarakat juga karena proses anggaran pembangunan bisa berkurang karena dikorupsi.
- 3) Masyarakat kurang menyadari bila dirinya terlibat korupsi. Setiap korupsi pasti melibatkan anggota masyarakat. Hal ini kurang disadari oleh masyarakat sendiri. Bahkan masyarakat sudah terbiasa terlibat pada kegiatan korupsi dengan cara-cara terbuka namun tidak disadari.
- 4) Masyarakat kurang menyadari bahwa korupsi akan dapat dicegah dan diberantas bila masyarakat ikut aktif. Pada umumnya masyarakat berpandangan masalah korupsi itu tanggung jawab pemerintah. Masyarakat kurang menyadari bahwa korupsi itu dapat diberantas hanya bila masyarakat ikut melakukannya.
- 5) Aspek peraturan perundang-undangan. Korupsi mudah timbul karena adanya kelemahan di dalam peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup adanya peraturan yang monopolistik yang hanya menguntungkan kroni penguasa, kualitas peraturan yang kurang memadai, peraturan yang kurang disosialisasikan, sanksi yang terlalu ringan, penerapan sanksi yang tidak konsisten dan pandang bulu, serta lemahnya bidang evaluasi dan revisi peraturan perundang-undangan.

4. Penanggulangan tindak pidana korupsi dalam hukum Indonesia

Secara dasar hukum pidana dapat diklasifikasikan menjadi hukum pidana umum (*ius commune*) dan hukum pidana khusus (*ius singulare*, *ius speciale* atau *bijzonder strafrecht*). Ketentuan-ketentuan hukum pidana umum

dimaksudkan berlaku secara umum seperti diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), sedangkan ketentuan hukum pidana khusus dimaksudkan sebagai ketentuan hukum pidana yang mengatur tentang kekhususan subjeknya dan perbuatan yang khusus (*bijzonderlijk feiten*).¹³ Tindak pidana korupsi adalah salah satu bagian dari hukum pidana khusus, di samping mempunyai spesifikasi tertentu yang berbeda dengan hukum pidana umum, yaitu dengan adanya penyimpangan hukum pidana formil atau hukum acara. Keberadaan tindak pidana korupsi dalam hukum positif Indonesia sebenarnya sudah ada sejak lama, yaitu sejak berlakunya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*Wetboek van Strafrecht*) 1 Januari 1918, sebagai suatu kodifikasi dan unifikasi berlaku bagi semua golongan di Indonesia sesuai dengan asas konkordansi dan diundangkan dalam *Staatblad* 1915 Nomor 752 tanggal Oktober 1915. Untuk lebih detil dan rinci mengenai keberadaan tindak pidana korupsi dalam hukum positif Indonesia, adalah sebagai berikut:

Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme

Penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme tentunya mempunyai peran yang sangat penting dalam mewujudkan cita-cita perjuangan bangsa. Penyelenggara negara tidak dapat menjalankan tugas dan fungsinya secara optimal, sehingga penyelenggaraan negara tidak berjalan sebagaimana mestinya. Hal itu terjadi karena adanya pemusatan kekuasaan, wewenang, dan tanggung jawab pada presiden sebagai mandataris Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia. Di samping itu, masyarakat pun belum sepenuhnya berperan serta dalam menjalankan fungsi kontrol sosial yang efektif terhadap penyelenggaraan negara. Tindak pidana korupsi, kolusi dan nepotisme tersebut tidak hanya dilakukan oleh penyelenggara negara, antarpenyelenggara negara, melainkan juga penyelenggara negara dengan pihak lain pun terjadi seperti keluarga kroni, dan para pengusaha, sehingga merusak sendi-sendi kehidupan masyarakat, berbangsa, dan bernegara, serta membahayakan eksistensi negara.

Dalam rangka penyelamatan dan normalisasi kehidupan nasional sesuai dengan tuntutan reformasi diperlukan kesamaan visi, persepsi, dan misi dari seluruh penyelenggara negara dan masyarakat. Untuk mewujudkan penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme, maka perlu adanya asas-asas umum penyelenggaraan negara yang meliputi asas kepastian hukum, asas tertib penyelenggaraan negara, asas kepentingan umum, asas keterbukaan, asas

13 S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta: Alumni AHM-PTHM, 1982), hlm. 22

proporsionalitas, asas profesionalitas, dan asas akuntabilitas. Selanjutnya dalam Undang-undang ini juga mengatur tentang peran serta masyarakat yang dimaksudkan untuk memberdayakan masyarakat dalam rangka mewujudkan penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme.¹⁴ Dengan hak dan kewajiban yang dimiliki, masyarakat diharapkan dapat lebih bergairah melaksanakan kontrol sosial secara optimal terhadap penyelenggaraan negara, dengan tetap menaati rambu-rambu hukum yang berlaku.

Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Dalam undang-undang ini memuat beberapa hal yang berbeda, yang oleh pembuat undang-undang tersebut, dianggap sebagai penyempurnaan, antara lain:¹⁵

- a. Tindak pidana korupsi dapat dilakukan korporasi
- b. Tindak pidana korupsi dirumuskan sebagai tindak pidana formil
- c. Perluasan pengertian tentang pegawai negeri
- d. Ancaman pidana diperberat dengan menentukan batas minimum dan maksimum
- e. Akan dibentuk Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) yang melibatkan unsur masyarakat.

Sebagai upaya untuk mengajukan berbagai modus operandi penyimpangan perekonomian negara yang makin canggih, maka tindak pidana yang diatur dalam undang-undang ini dirumuskan, yang meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu perkumpulan (korporasi) secara melawan hukum dalam pengertian formil dan material. Dengan perumusan tersebut, pengertian melawan hukum dalam tindak pidana korupsi dapat pula mencakup perbuatan-perbuatan tercela menurut perasaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana. Dalam undang-undang ini juga diatur ketentuan pidana yang berbeda dengan undang-undang sebelumnya, yaitu menentukan ancaman minimum khusus, pidana denda yang tinggi, dan ancaman pidana mati yang merupakan pemberatan pidana. Selain itu, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 ini juga memuat pidana penjara bagi pelaku tindak pidana korupsi yang tidak dapat membayar pidana tambahan berupa uang pengganti kerugian negara. Selain dapat dijatuhi pidana sebagaimana disebutkan di atas, terdakwa dapat juga dijatuhi pidana tambahan, selain pidana tambahan sebagaimana dimaksud dalam Kitab Undang-Undang

14 Penjelasan *Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme*. Komisi Pemberantasan Korupsi.

15 Leden Marpaung, *Tindak Pidana Korupsi Pemberantasan dan Pencegahan*, (Jakarta: Bina Grafika, 2001), hlm 5

Hukum Pidana (KUHP), maka pidana tambahan seperti perampasan barang bergerak yang berwujud atau yang tidak berwujud atau barang tidak bergerak, pembayaran uang pengganti yang jumlahnya sebanyak-banyaknya sama dengan harta benda yang diperoleh dari tindak pidana korupsi, penutupan seluruh perusahaan untuk waktu paling lama satu tahun dan pencabutan seluruh atau sebagian keuntungan tertentu yang telah atau dapat diberikan oleh pemerintah kepada terpidana.

Sebagaimana dijelaskan dalam penjelasan umum Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999, memperluas pengertian pegawai negeri yang dalam undang-undang sebelumnya tidak diatur. Pegawai negeri adalah orang yang menerima gaji atau upah dari korporasi yang mempergunakan modal atau fasilitas dari negara atau masyarakat.¹⁶ Adapun yang dimaksud dengan fasilitas adalah perlakuan istimewa yang diberikan dalam berbagai bentuk, misalnya bunga pinjaman yang tidak wajar, pemberian izin yang eksklusif, termasuk keringanan bea masuk atau pajak yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hal baru lainnya adalah dalam hal terjadi tindak pidana korupsi yang sulit pembuktianya, maka dibentuk tim gabungan yang dikoordinasikan oleh Jaksa Agung, sedangkan proses penyidikan dan penuntutan dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hal ini dimaksudkan dalam rangka meningkatkan efisiensi waktu penanganan tindak pidana korupsi dan sekaligus perlindungan hak asasi manusia dari tersangka atau terdakwa. Di samping itu, undang-undang ini juga menerapkan pembuktian terbalik yang bersifat terbatas atau berimbang, yakni terdakwa mempunyai hak untuk membuktikan bahwa ia tidak melakukan tindak pidana korupsi dan wajib memberikan keterangan tentang seluruh harta bendanya dan harta benda istri atau suami, anak, dan harta benda setiap orang atau korporasi yang diduga mempunyai hubungan dengan perkara yang bersangkutan, dan penuntut umum tetap berkewajiban membuktikan dakwaannya. Undang-undang ini juga memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk berperan serta membantu upaya pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi, dan terhadap masyarakat yang berperan serta tersebut diberikan perlindungan hukum dan penghargaan.

Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Setiap undang-undang yang dilahirkan tentunya tidak adanya yang sempurna, karena untuk melahirkan suatu undang-undang yang

¹⁶ Penjelasan umum *Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*.

baik setidaknya harus memenuhi tiga unsur, yaitu: unsur sosiologis, unsur filosofis, dan unsur yuridis. Namun, dalam realitanya ketiga unsur tersebut sangat sulit untuk bisa terpenuhi semuanya. Bagitu juga dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001, yang dimaksudkan untuk menyempurnakan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 dengan pertimbangan bahwa tindak pidana korupsi yang selama ini terjadi secara meluas, tidak hanya merugikan keuangan negara, tetapi juga telah merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas, sehingga tindak pidana korupsi perlu digolongkan sebagai kejahatan yang pemberantasannya harus dilakukan secara luar biasa. Untuk lebih menjamin kepastian hukum, menghindari keragaman penafsiran hukum dan memberikan perlindungan terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat, serta perlakuan secara adil dalam pemberantasan tindak pidana korupsi, maka itu pula yang menjadi pertimbangan untuk perlu diadakan perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Ketentuan perluasan sumber perolehan alat bukti yang sah berupa petunjuk, maka dirumuskanlah bahwa mengenai petunjuk selain diperoleh dari keterangan saksi, surat dan keterangan terdakwa, juga diperoleh dari alat bukti lain yang berupa informasi yang diucapkan, dikirim, diterima atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu tetapi tidak terbatas pada data penghubung elektronik (*electronic data interchange*), surat elektronik (*e-mail*), telegram, teleks, dan faksimili dan dari dokumen, yakni setiap rekaman data atau informasi yang dapat dilihat, dibaca atau didengar yang dapat dikeluarkan dengan atau tanpa bantuan suatu sarana, bak yang tertuang di atas kertas, benda fisik apapun selain kertas, maupun yang terekam secara elektronik, yang berupa tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, huruf, tanda, angka atau perforasi yang memiliki makna.

Ketentuan mengenai pembuktian terbalik perlu ditambahkan dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagai ketentuan yang bersifat premium remedium dan sekaligus mengandung sifat prevensi khusus terhadap pegawai negeri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 atau terhadap penyelenggaraan negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, untuk tidak melakukan tindak pidana korupsi. Pembuktian terbalik dalam undang-undang ini diberlakukan pada tindak pidana baru tentang gratifikasi dan terhadap tuntutan perampasan harta benda terdakwa yang diduga berasal dari salah satu tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4, Pasal 13, Pasal 14, Pasal 15, dan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi dan

Pasal 5 sampai dengan Pasal 12 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001. Selanjutnya dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 diatur pula hak negara untuk mengajukan gugatan perdata terhadap harta benda terpidana yang disembunyikan atau tersebunyi dan baru diketahui setelah putusan pengadilan memperoleh kekuatan hukum tetap. Harta benda yang disembunyikan atau tersebunyi tersebut diduga atau patut diduga berasal dari tindak pidana korupsi. Gugatan perdata dilakukan terhadap terpidana dan atau ahli warisnya. Untuk melakukan gugatan tersebut, negara dapat menunjuk kuasanya untuk mewakili negara. Perubahan lain yang dicantumkan dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 ialah mengenai maksimum pidana penjara dan pidana denda bagi tindak pidana korupsi yang nilainya kurang dari Rp5.000.000,00 (lima juta rupiah). Ketentuan ini dimaksudkan untuk menghilangkan rasa kekurangadilan bagi pelaku tindak pidana korupsi dalam hal nilai yang dikorup relatif kecil.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan United Nations Convention Against Corruption, 2003 (Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi, 2003).

Dalam melaksanakan pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi yang efisien dan efektif diperlukan dukungan manajemen tata pemerintahan yang baik dan kerja sama internasional, termasuk pengembalian aset-aset yang berasal dari tindak pidana korupsi. Selama ini pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia sudah dilaksanakan berdasarkan peraturan perundang-undangan khusus yang berlaku sejak tahun 1957 dan telah diubah sebanyak 5 (lima) kali, akan tetapi peraturan perundang-undangan yang dimaksud belum memadai, antara lain karena belum adanya kerja sama internasional dalam masalah pengembalian hasil tindak pidana korupsi.

Arti penting dari dilakukannya ratifikasi konvensi ini adalah merupakan komitmen nasional untuk meningkatkan citra bangsa Indonesia dalam percaturan politik internasional. Adapun arti penting lainnya dari ratifikasi konvensi tersebut adalah¹⁷

- ❖ Untuk meningkatkan kerja sama internasional khususnya dalam melacak, membekukan, menyita dan mengembalikan aset-aset hasil tindak pidana korupsi yang ditempatkan di luar negeri.
- ❖ Untuk meningkatkan kerja sama internasional dalam mewujudkan tata pemerintahan yang baik.
- ❖ Untuk meningkatkan kerja sama internasional dalam pelaksanaan perjanjian ekstradisi, bantuan hukum timbal balik, penyerahan

17 Penjelasan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2006 tentang Penyesahan United Nations Convention Against Corruption, 2003

narapidana, pengalihan proses pidana, dan kerja sama penegakan hukum.

- ❖ Untuk mendorong terjalinnya kerja sama teknik dan pertukaran informasi dalam pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi di bawah payung kerja sama pembangunan ekonomi dan bantuan teknis pada lingkup bilateral, regional dan multilateral.
- ❖ Untuk harmonisasi peraturan perundangan-undangan nasional dalam pencegahan dan pemberantasan tindak pidana korupsi yang sesuai dengan konvensi ini.

Dalam Pasal 13 UNCAC, 2003 mengatur tentang keikutsertaan masyarakat (*participation of society*) bahwa setiap negara peserta wajib mengambil tindakan-tindakan yang memadai, dalam jangkauan kemampuannya dan sesuai dengan prinsip-prinsip fundamental hukum nasionalnya, untuk meningkatkan partisipasi aktif individu-individu dan kelompok-kelompok di luar sektor publik, seperti masyarakat madani, lembaga-lembaga swadaya masyarakat dan organisasi-organisasi kemasyarakatan dalam pencegahan dan pemberantasan korupsi dan untuk meningkatkan kesadaran publik mengenai keberadaan, sebab-sebab, dan kegawatan ancaman yang ditimbulkan oleh korupsi.

5. Penanggulangan korupsi di Indonesia dalam kerangka UNCAC

Korupsi termasuk tindak pidana yang bersifat "*extra ordinary crime*" artinya kejahatan yang luar biasa dan bersifat transnasional, sehingga pemberantasannya diperlukan kerja sama internasional. Kerjasama ini dituangkan dalam *United National Convention Against Corruption* pada tanggal 29 September 2003. Pada Pasal 3 tentang *Scope application*, ayat (1) tentang *cooperation with law enforcement authorities*, ditegaskan bahwa :

"Each state Party shall take appropriate measure to encourage persons who participate or who have participated in the commission of an offense establishes in accordance with this convention to supply information useful to competent authorities for investigative and evidentiary purposes and to provide factual, specific help to competent that may contribute to such depriving offenders of the proceeds of crime and to recovering such proceeds".

Pasal 38 *United Nation Convention Againts Corruption* tentang *cooperation between national authorities* memberi jalan kerja sama antarnegara, dimana masing-masing negara menyiapkan regulasi yang mendorong kerja sama dalam penyelidikan, penyidikan dan penuntutan terhadap pelaku kejahatan.

Keprihatinan masyarakat internasional terhadap korupsi telah disuarakan dalam berbagai pertemuan atau konvensi internasional dan

mencapai puncaknya dengan dideklarasikannya *United Decralarations Convention Against Corruption* (UNCAC) yang disahkan dalam konferensi Diplomatik di Merida Mexico pada Desember 2003. Sidang Mejelis Umum PBB dengan Resolusi Nomor 57/169 telah mengadopsi draft Konvensi PBB sebagai dokumen yang sah dan siap untuk ditandatangani oleh negara peserta konferensi Diplomatik dimaksud. Di dalam bagian pembukaan Konvensi PBB tersebut ditegaskan, bahwa masyarakat internasional (peserta konvensi) prihatin atas keseriusan dari masalah-masalah dan ancaman-ancaman yang ditimbulkan oleh korupsi terhadap stabilitas dan keamanan masyarakat, yang melemahkan lembaga-lembaga dan nilai-nilai demokrasi, nilai-nilai etika dan keadilan, serta membahayakan pembangunan berkelanjutan dan supremasi hukum. Oleh karena itu, perlu diyakininya suatu pendekatan komprehensif dan multidisipliner untuk mencegah dan memerangi korupsi secara efektif.

Bila dikaitkan dengan permasalahan penegakan hukum di bidang korupsi di Indonesia, maka aspek budaya hukum inilah yang cenderung kurang mendapat perhatian. Secara substansial telah banyak perundang-undangan yang dapat didayagunakan untuk memberantas korupsi. Mulai dari UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001, sampai pada UU No. 28 Tahun 1999 tentang Anti Korupsi, Kolusi dan Nepotisme dan UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Sedangkan secara struktural, telah dimiliki banyak institusi yang dapat digunakan untuk menanggulangi dan memberantas korupsi. Seperti Kepolisian, Kejaksaan, Komisi Ombudsman Nasional. Sedangkan di bidang pengawasan telah ada Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan (BPKP), Inspektorat-inspektorat dan sebagainya.

Melihat kondisi seperti itu, maka Indonesia memiliki instrumen hukum paling lengkap untuk melenyapkan korupsi dari negeri ini. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, juga mengatur tentang peran serta masyarakat dalam upaya pencegahan dan pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang diatur dalam Pasal 41-42 sebagai bentuk terobosan baru dalam pemberantasan korupsi.

Peran serta masyarakat tersebut diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 71 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pelaksanaan Peran Serta Masyarakat dan Pemberian Penghargaan dalam Pencegahan dan Pemberantasan Korupsi. Dalam hal mewujudkan peran serta masyarakat tersebut Komisi Pemberantasan Korupsi telah membuka akses seluas-luasnya kepada masyarakat dalam penyampaian pengaduan tentang terjadinya tindak pidana korupsi. Pengaduan dapat disampaikan

melalui berbagai media, yaitu penyampaian secara langsung ke kantor Komisi Pemberantasan Korupsi, melalui telepon, pos, surat elektronik (*e-mail*), layanan pesan singkat (SMS), dan faksimili (*fax*). Namun dalam kenyataannya korupsi bukan berkurang, malahan cenderung meningkat intensitasnya bila dibandingkan dengan kondisi pada masa lalu. Mereka yang dulu ikut bersorak untuk memberantas korupsi, tetapi sekarang justru sekarang terlibat dalam perilaku korup. Pada akhir-akhir ini banyak para aparat penegak hukum terutama mereka yang mengerti hukum korupsi justru mereka yang melakukan korupsi, disisi lain banyak yang menilai bahwa proses pemberantasan korupsi masih dilakukan secara tebang pilih. Bertolak dari fenomena tersebut di atas, maka pekerjaan yang mendasak yang harus dilakukan adalah bagaimana membangun dan mengembangkan budaya hukum untuk menopang proses penegakan hukum. Tentunya ini bukanlah merupakan pekerjaan yang mudah, namun usaha untuk itu haruslah dilakukan dari sekarang demi menuju negara yang bebas dari perilaku korup.

7. Penutup

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis dalam bagian akhir ini menyimpulkan bahwa tindak pidana korupsi di Indonesia hingga saat ini masih menjadi salah satu penyebab terpuruknya sistem perekonomian bangsa. Hal ini disebabkan karena korupsi di Indonesia terjadi secara sistemik dan meluas sehingga bukan saja merugikan kondisi keuangan negara, tetapi juga telah melanggar hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas. Untuk itu pemberantasan tindak pidana korupsi harus dilakukan dengan cara luar biasa serta dengan menggunakan cara-cara khusus. Selain itu, pemberantasan korupsi juga harus disadari tidak semata-mata merupakan persoalan hukum, tetapi juga merupakan persoalan sosial, ekonomi dan politik, sehingga upaya pemberantasannya pun harus bersifat komprehensif dan multidisipliner. Terhadap hal di atas, penulis juga merekomendasikan bahwa upaya pemberantasan korupsi di Indonesia harus dilakukan dengan cara-cara yang luar biasa, seperti dengan upaya pendekatan dari substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukum. Unsur yang tidak kalah pentingnya adalah peningkatan kesadaran hukum tentang kerugian yang diakibatkan tindak pidana korupsi bagi generasi saat ini dan yang akan datang.

DAFTAR PUSTAKA

A. Mariam Webster. *New International Dictionary*. USA. G & C Marriam Co. Publishers Springfield Mass. 1985.

Barda Nawawi Arief. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Cetakan pertama. Jakarta: Kencana Prenada Media Group. 2007.

Badan Pengawas Keuangan dan Pembangunan. *Strategi Pemberantasan Korupsi Nasional*. Jakarta: Pusat Pendidikan dan Latihan Pengawasan BPKP. 1999.

Henry Compbell Black. *Black's Law Dictionary With Pronounciations*. St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1983.

Indriyanto Seno Adji. *Korupsi Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*. Jakarta: CV. Diadit Media. 2007.

Jeremy Pope. *Strategi Memberantas Korupsi*. Jakarta: Transparency International Indonesia. 2003.

Kimberly Ann Elliot. *Corruption and The Global Economy*. Edisi pertama. Jakarta: Terjemahan Yayasan Obor Indonesia. 1999.

Leden Marpaung. *Tindak Pidana Korupsi Pemberantasan dan Pencegahan*. Jakarta: Bina Grafika. 2001.

Romli Atmasasmita. *Sekitar Masalah Korupsi Aspek Nasional dan Aspek Internasional*. Bandung: Penerbit Mandar Maju. 2004.

Sudarto. *Hukum dan Hukum Pidana*. Bandung: Penerbit Alumni. 1986.

S.R Sianturi. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta: Alumni AHM-PTHM. 1982.

Suyatno. *Korupsi, Kolusi dan Nepotisme*. Jakarta: Pustaka Sinar Harahap. 2005.

W.J.S. Poerwadarminta. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka. 1976.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2006 tentang Penyesahan *United Nations Convention Against Corruption*. 2003.

CYBERCRIME: MASALAH KONSEPSI DAN PENEGAKAN HUKUMNYA

Faizin Sulistio

Tulisan ini membahas mengenai problematika konsep cybercrime dalam menegakkan hukum pidana. Masyarakat dewasa ini dihadapkan dengan jenis dan bentuk kejahatan yang relatif baru dan berbeda dibandingkan kejahatan konvensional, baik dilihat dari media, bentuk maupun modus yang digunakan. Kejahatan jenis ini kemudian lebih dikenal dengan sebutan *cybercrime* yang semakin meningkat dari tahun ke tahun seiring dengan populasi pengguna internet. Permasalahan yang sering mengedepan terkait dengan kejahatan siber ini adalah kesukaran dan kecaburan dalam membuat definisi kejahatan siber. Hal berpengaruh dalam model perlindungan hukum yang sesuai baik dalam perumusan norma dalam perundang-undangan maupun dalam penegakan hukumnya.

1. Cyberspace dan perkembangannya

Cyberspace merupakan tempat imajiner yang tidak berupa tempat kediaman dalam bentuk fisik dan lokasi geografis. *Cyberspace* merupakan sebuah tempat elektronik yang berdaulat dimana individu, komunitas, korporasi ataupun pemerintah dapat eksis bersama tanpa batasan negara.¹ Hal ini digambarkan Jessica Lipnack dan Jeffrey Stamp dengan ungkapan “smash the boundaries, tear down the hierarchy and dismantle the bureaucracy.”² Karakter *cyberspace* di sini merupakan media komunikasi global yang menghubungkan kepentingan internasional dalam jaringan elektronik yang tidak tampil secara fisik melainkan dalam jaringan protokol yang memungkinkan terjadinya transformasi informasi dan komunikasi

1 Brian Fitzgerald, ‘Software as Discourse: The Power of Intellectual Property in Digital Architecture’ (2000) 18 *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 337, 353 fn 52. Gutnick (2002) 194 ALR 433. Lawrence Lessig, ‘The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach’ (1999) 113 *Harvard Law Review* 501. David Johnson dan David Post, ‘Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace’ (1996) 48 *Stanford Law Review* 1367.

2 Jessica Lipnack & Jeffrey Stamps, 1994, *The Age of the Network, Organizing Principle for the 21st Century*, New York : John Wiley & Sons, Inc. hlm 3.

antarindividu.³ Dalam bahasa yang lugas, internet merupakan media yang menghubungkan pengguna atau individu di suatu jurisdiksi dengan individu yang lain di jurisdiksi yang berbeda.⁴

Perkembangan pesat teknologi komunikasi dan informasi ini ternyata membuat banyak perubahan perilaku masyarakat dunia, apalagi dengan penggabungan teknologi telekomunikasi dan komputer berupa internet yang menghasilkan sebuah perilaku baru antarmasyarakat dari berbagai belahan dunia. Perubahan perilaku tersebut terkait pola interaksi masyarakat yang sebelumnya hanya dapat dilihat,didengar dan disentuh menjadi sebuah interaksi maya/virtual. Arus teknologi informasi dan komunikasi ini juga telah mengubah pola hubungan antarnegara dan mengintegrasikan dunia, baik dalam aspek sosial, budaya, ekonomi maupun keuangan. Proses integrasi yang terjadi dari sistem-sistem kecil lokal, nasional menjadi sistem global yang menyatu, terbuka dan saling bergantung satu sama lain.

Perubahan ruang-ruang hidup kontemporer merupakan realitas panorama baru yang terbentuk karena pemandatan, pemampatan, peringkasan, pengecilan dan percepatan dunia. Yasraf membahasakan sebagai dunia yang dilipat, yang didalamnya berbagai sisi dunia tampil dengan wajah baru. Ensiklopedia yang memenuhi almari dimampatkan menjadi sebuah flash disk yang sebesar pulpen; mengirim surat ke belahan dunia lain yang dahulu memerlukan waktu berbulan-bulan, kini dapat diringkas dalam hitungan detik melalui *e-mail*, bahkan mencetak dan mengirim foto yang dulu hanya dapat dilakukan dalam jumlah dan waktu terbatas, kini dapat diperbanyak dalam jumlah jutaan dan diperoleh secara *real time* oleh setiap orang di seluruh dunia melalui internet.⁵

Menurut Ashadi Siregar penggabungan komputer dan teknologi komunikasi melahirkan suatu fenomena yang mengubah konfigurasi model komunikasi konvensional, dengan melahirkan kenyataan dalam dimensi ketiga. Jika dimensi pertama adalah kenyataan keras dalam kehidupan empiris (*hard reality*), dimensi kedua merupakan kenyataan dalam kehidupan simbolik dan dimensi ketiga merupakan kenyataan maya (*virtual*). Dimensi ketiga ini memaksa kita memasuki sebuah wilayah baru yang kaya warna, kaya nuansa, kaya tanda, dan kaya citra yang telah melampaui batas-batas yang dapat kita bayangkan sebelumnya. Batas-batas kebudayaan sebelumnya kini seakan-akan runtuh, dan kini kita

3 Green Paper, entitled '*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*' can be found at <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/dnsdrft.htm>. diakses. 23 Maret 2010.

4 Georgios I Zekos, 'State Cyberspace Jurisdiction and Personal Cyberspace Jurisdiction' (2007) 15 *International Journal of Law and Information Technology* 1.

5 Yasraf A.P, 2004. *Dunia yang Dilipat: Tamasya melampaui batas-batas kebudayaan*. Jalasutra, Yogyakarta. Hlm 37

hidup dalam dunia yang telah kehilangan batas. Semakin menipisnya batas-batas budaya ini memicu pula lenyapnya batas-batas sosial yang ada dan dibentuk masyarakat modern. Dalam era global ini semakin banyak konsep-konsep sosial seperti integrasi, kesatuan, persatuan, nasionalisme semakin banyak kehilangan relitas sosialnya. Bahkan sebagian menganggapnya hanya sebuah mitos belaka.

Era globalisasi ini ditandai dengan hadirnya masyarakat informasi (*information society*) yang memanfaatan teknologi internet dalam berbagai aktivitas keseharian, disini perilaku bisnis dan perdagangan mampu menempatkan informasi sebagai komoditas ekonomi yang menguntungkan.⁶ Bahkan sekarang, paradigma yang sedang dikembangkan baik di negara maju maupun negara berkembang ialah memanfaatkan internet dalam mengubah paradigma ekonomi dari ekonomi berbasis manufaktur menjadi ekonomi yang berbasis data yang pada akhirnya akan melenyapkan batas-batas teritorial, batas-batas negara dan bangsa, batas-batas kesukuan dan kepercayaan, batas-batas politik dan kebudayaan. Bahkan Internet telah menjadi second life dan lifestyle dengan beragam penggunaan aplikasi yang menggunakan internet seperti e-komunikasi dengan menanamkan *software OS* dalam hand phone yang menyediakan fasilitas jejaring sosial (facebook, twitter, yahoo messenger), TV online (www.cnn.com dan www.bbc.co.uk), media online (www.jawapos.co.id, www.detik.com; www.kompas.com), perpustakaan *online*, *e-banking* dan masih banyak pemanfaatan aplikasi teknologi internet dalam kehidupan sehari-hari.

Berdasarkan data yang dirilis oleh internetworkworldstats.com pengguna internet di Asia juga mengalami pertumbuhan yang signifikan, yaitu sebesar 63 %, diantaranya : rilis yang dilakukan per september 2009 jumlah pengguna internet di Indonesia sebesar 30.000.000 orang dengan 32.126.780 orang menggunakan Facebook pada 31 Desember 2010 atau dengan tingkat penetrasi 14.5% ; India 81.000.000 per November 2008, Korea Selatan 34.440.000 per Juni 2010, Malaysia 16.902.600 Per Juni 2009, Jepang dengan Populasi penduduk 126.804.433 berdasarkan rilis per Juni 2010 terdapat 99.143700 pengguna internet atau 78.2%.⁷

Semakin besar populasi yang menggunakan teknologi Informasi dan komunikasi (TIK) ternyata membawa sebuah konsekuensi munculnya berbagai aktivitas-aktivitas yang memanfaatkan TIK ini untuk melakukan perbuatan yang merugikan orang lain. Mulai dari sekadar perbuatan yang menyimpang sampai perbuatan yang dapat dikategorikan tercela dan melawan hukum. Beberapa aktivitas ilegal inilah yang kemudian

6 Budi, AR, *Aspek Perlindungan Hukum Nasabah dalam sistem Pembayaran Internet*. Artikel dalam *Jurnal Hukum*. No 16. Hlm 59.

7 <http://www.internetworkworldstats.com/asia.htm#id> diakses 17 April 2011.

dikenal dengan istilah *cybercrimes* atau kejahatan siber.

2. Kejahatan siber

Para pakar dunia dari berbagai disiplin meyakini bahwa abad ke-21 atau abad milenium ini kita berinteraksi sebagai masyarakat informasi (*information society*). Merujuk pada trilogi Manuel Castell (1996, 1997, 1998), untuk melakukan analisa mengenai masyarakat informasi, hal yang pertama yang diteliti adalah bidang ekonomi yang mengadopsi struktur jaringan dalam proses globalisasi. Dalam proses ini, paradigma teknologi informasi berkembang dengan lima fitur, yaitu (1) Informasi sebagai bahan mentah baru; (2) Kemudahan dalam penggunaan teknologi informasi; (3) Jaringan logika dari banyak sistem yang menggunakannya; (4) fleksibel; dan (5) terdapat konvergensi teknologi. Kumpulan lima karakteristik dari ekonomi baru ini disebut sebagai informalism. Di sini pemrosesan, regenerasi dan transmisi informasi menjadi sumber produktivitas dan kekuatan. Lebih lanjut Castel mengatakan bahwa jaringan global ini mampu membuat individu atau group berinteraksi dan melakukan transaksi barang ataupun pemikiran secara lebih bebas dan mudah daripada sebelumnya, yang utama dalam perubahan ini dilakukan dengan adanya internet dan bentuk-bentuk teknologi informasi dan komunikasi (ICTs) lainnya.

Hubungan antara ruang hidup yang secara tradisional mempunyai jarak, seperti rumah, sekolah, desa dan kota, kemudian dihubungkan dengan ICT sehingga relatif mengurangkan jarak dan waktu di ruang tradisional dalam mengirim atau pun menerima informasi terkini. bahkan ICTs membuat ruang komunikasi menjadi semakin kompleks dan terkoneksi secara permanen dengan adanya fasilitas webcam.

Keberadaan teknologi informasi dan komunikasi (ICTs) ini juga membuat banyak perubahan perilaku masyarakat di dunia, apakah lagi dengan penggabungan teknologi perilaku baru antarmasyarakat dari berbagai belahan dunia. Bahkan pada sisi yang negatif perubahan perilaku ini meyangkut perilaku menyimpang dari manusia yang awalnya hanya dapat dilakukan dalam dunia nyata (*real space*) kemudian merambah dalam dunia maya. Perubahan perilaku interaksi bagi sebagian orang yang menguasai teknologi ini kemudian menjalar ke bagian-bagian lain dalam kehidupan manusia menjadi sebuah nilai-nilai baru yang diakui dan hidup dalam masyarakat (*living law*). Nilai-nilai ini akan membentuk instrumen-instrumen hukum baru terkait dengan perbuatan hukum yang dilakukan seseorang. Perbuatan tersebut mulai dari berkorespondensi melalui email atau chatting, perniagaan bahkan aktivitas yang dapat dikategorikan sebagai kejahatan.

Dalam sejarah tercatat kejahatan terhadap komputer dan sistem

komputer sudah terdeteksi sejak awal 1950-an. Aktivitasnya biasanya berhubungan dengan kejahatan spionase terhadap informasi rahasia yang terdapat dalam sistem komputer. Bahkan kejahatan ini semakin meningkat pada akhir tahun 1990-an dengan terintegrasinya sistem teknologi informasi dan komunikasi melalui pengaplikasian teknologi internet. Integrasi ini kemudian memunculkan realita baru yang dinamakan realita *cyberspace*.⁸ Sebagai gambaran mengenai kejahatan siber yang melibatkan warga Indonesia ialah sepanjang tahun 2006–2008 beberapa negara didunia melakukan komplain terhadap penipuan yang dilakukan oleh orang Indonesia, diantaranya Australia 19 kali, Ceko 13 kali, Slovakia 13 kali, Finlandia 10 kali, Prancis 9 kali, Jerman 9 kali, Yunani 15 kali, Hongaria 7 kali, Inggris 6 kali, Iran 7 kali, Kolombia 8 kali, NZ 9 kali, Polandia 10 kali, Singapura 10 kali, Spanyol 14 kali, Swiss 10 kali, dan Amerika Serikat 14 kali pengaduan. Bahkan pada tahun 2009, Indonesia mendapat komplain sebanyak 205 kali dari 50 negara di dunia karena menjadi korban *cyberfraud* yang diduga pelakunya warga negara Indonesia.

Berbagai pengaduan tersebut sangatlah sukar untuk diproses secara hukum ketika tidak ada kerja sama dengan korban ataupun tidak ada kerjasama antarnegara. Sebagai contoh pelibatan korban dalam penuntasan kasus *cyberfraud* adalah kasus yang menimpa Chumpon Korp Phaibun, Warga Negara Thailand yang tertipu dengan sebuah situs dari Indonesia, yakni www.henbing.com . Melalui situs ini korban bertransaksi untuk melakukan pembelian jet ski seharga US \$19,520. Namun setelah ditransfer uang ke rekening pelaku di bank Mandiri, jet ski tersebut tidak diantarkan kepada korban. Setelah ada kerja sama dengan korban, pihak kepolisian kemudian menangkap tersangka Ronal Lubis dan Bayu pada awal Juli 2010.⁹ Peningkatan berbagai kasus yang berkaitan dengan aktivitas di dunia siber yang kemudian dikenal dengan istilah kejahatan siber atau *cybercrime* menunjukkan bahwa kejahatan ini merupakan kejahatan serius yang harus mendapat perhatian lebih dari aparat penegak hukum. Bahkan karena tingkat keseriusan yang memberi ancaman melintasi batas teritorial, *cybercrime* dikategorikan sebagai salah satu kejahatan transnasional di samping perdagangan obat terlarang, perdagangan manusia, pembajakan dan perompakan di laut, penyelundupan senjata, terorisme, pencucian uang, dan kejahatan ekonomi internasional. Keseriusan ancaman yang lain, internet menjadi

8 *cyber space* sebuah istilah yang dipopularkan oleh William Gibson dalam novel fiksi sains yang bertajuk *Necromancer* pada tahun 1984 yang membuat ilustrasi yang menandakan berbagai aktivitas dengan elektronik yang dapat dipahami dengan jelas tetapi tidak sempurna (virtual).

9 Petrus R Golose, 2010, *Perkembangan Cyber Crime dalam Kejahatan Extra Ordinary*, makalah disampaikan di Penataran nasional Hukum Pidana dan Kriminologi tahun 2010 kerjasama FH UPH Surabaya , FH Ubaya dan MAHUPIKI 2-3 Desember.

alat yang ampuh yang digunakan oleh orang jahat untuk melakukan pelanggaran secara anonim.¹⁰

C. Permasalahan konsepsi *cybercrime*

Istilah kejahatan siber¹¹ menunjukkan bahwa bentuk kejahatan ini hanya dapat dilakukan dengan perangkat atau alat yang menghasilkan realita siber seperti sistem dan rangkaian komputer yang terkoneksi dengan internet. Konsep inilah yang menyebabkan beberapa pakar hukum mempunyai pandangan berbeda mengenai apa yang seharusnya dimaknai sebagai kejahatan siber. Bahkan dalam konvensi PBB tentang *The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders* di Havana, Kuba pada tahun 1999 dan di Wina, Austria tahun 2000, konsep kejahatan siber diberi pemaknaan dalam istilah yang sempit dan luas, yaitu.¹²

- a. *Cyber crime in a narrow sense* (dalam arti sempit) disebut *computer crime: any illegal behaviour directed by means of electronic operation that target the security of computer system and the data processed by them* (setiap perilaku ilegal yang ditujukan pada operasi elektronik yang menargetkan sistem keamanan komputer dan data yang diproses oleh sistem komputer tersebut).
- b. *Cyber crime in a broader sense* (dalam arti luas) disebut *computer related crime: any illegal behaviour committed by means on relation to, a computer system offering or system or network, including such crime as illegal possession in, offering or distributing information by means of computer system or network* (setiap perilaku ilegal yang dilakukan dengan maksud atau berhubungan dengan sistem komputer atau jaringan, termasuk kejahatan pemilikan, penawaran atau distribusi informasi dari sistem atau jaringan komputer).¹³

Susahnya membuat definisi kejahatan siber yang dapat menampung kriteria aktivitas dalam dunia siber, membuat beberapa lembaga membuat kategorisasi yang dapat menampung semua aktivitas ilegal dalam dunia siber, seperti kategori dari Council of Europe ketika melakukan konvensi di Budapest, pada tanggal 23 November 2011, yaitu.

1. Kejahatan siber yang berhubungan dengan kerahasiaan, integritas,

10 Yang, S. 2004. *Routine activity theory/lifestyle.*, <http://faculty.chass.ncsu.edu/garson/PA765/routine.htm> . diakses 17 April 2011.

11 Gordon dan Ford mendefinisikan kejahatan siber sebagai : "any crime that is facilitated or committed using a computer, network, or hardware device" lihat Gordon, S., & Ford, R, 2006. *On the definition and classification of cybercrime*. <http://www.springer-verlag.com>. diakses 13 April 2011.

12 Barda Nawawi Arief, 2007, *Tindak Pidana Mayantara: perkembangan Kajian Cybercrime di Indonesia*, Jakarta:PT Raja Grafindo Persada.

13 Shinder, Debra Littlejohn,2002, *Science of the Cybercrime*,USA : Syngress Publishing, hlm 17.

ketersediaan data dan sistem komputer termasuk didalamnya *illegal access, illegal interception, data interference, system interference dan misuse of data.*

2. Kejahatan yang berhubungan dengan komputer (*computer related offences*) seperti *forgery* dan *fraud*.
3. Kejahatan terkait dengan isi atau konten (*content-related offences*) seperti pornografi.
4. Kejahatan yang berhubungan dengan pelanggaran hak cipta (*offences related to infringement of copyright*).

Ford dan Gordon mencoba memberi dua kategori kejahatan siber terkait serangan/perbuatan pidana yang dilakukan, yakni.¹⁴

1. Kejahatan siber yang berupa satu kali serangan terhadap seseorang. Tipe ini biasanya terkait erat dengan malware. Contoh terkait dengan tipe ini ialah *phishing, theft* (pencurian), or *manipulation of data* (anipulasi data), *identity theft* (pencurian identitas), ataupun *e-commerce fraud* (penipuan e-commerce)
2. Kejahatan siber yang terjadi setelah adanya pengulangan/interaksi beberapa kali antara pelaku dan korban. Contoh dalam kategori ini antara lain, maupun *cyberstalking, harassment, extortion stock market manipulation*.

Beberapa kategorisasi mengenai kejahatan siber muncul karena ada pandangan yang berbeda diantara para pakar. Sebagian pakar menganggap bahwa kejahatan siber (*cybercrime*) hanya modifikasi dari bentuk kejahatan konvensional yang menggunakan media internet, oleh karenanya dalam penanganannya hanya perlu reinterpretasi terhadap norma-norma peraturan perundang-undangan konvensional terhadap beberapa perilaku yang dianggap melawan hukum dan punya karakteristik yang identik dengan bentuk kejahatan konvensional. Sebagai contoh kejahatan yang terkait dengan penipuan, perjudian, pornografi di internet hanya kejahatan konvensional yang memanfaatkan media internet. Beberapa kategorisasi mengenai kejahatan siber di atas dibuat tanpa melihat sisi teoretis mengenai definisi yang sesuai dengan karakter tindak pidana yang dilakukan dan hanya melihat pada beberapa aspek pragmatik mengenai perbuatan yang dianggap tercela. Konsep perumusan ini misalnya terdapat dalam pasal-pasal dalam UU ITE yang cenderung mengedepankan kebutuhan pragmatik mengenai perbuatan-perbuatan yang dianggap patut dicela dan dilarang oleh undang-undang.

Perbedaan dalam memaknai dan menyelami kejahatan siber akhirnya memunculkan dua pandangan dalam memaknai norma undang-undang terhadap suatu perbuatan yang dianggap tercela dalam kejahatan

14 Gordon, S., & Ford, R, 2006. *On the definition and classification of cybercrime*. <http://www.springer-verlag.com>. diakses 13 April 2011

siber. Pandangan yang *pertama* lebih pada mencoba memperbarui interpretasi dengan mengedepankan teori fungsional perbuatan pidana dan mengesampingkan teori perbuatan jasmaniah. Konsep ini muncul seiring dengan kehadiran teknologi Informasi dan Komunikasi (ICT) yang menimbulkan kesukaran dalam menguraikan suatu bentuk kejahatan hanya berdasarkan pada perbuatan jasmaniah atau material dari sivelaku.

Munculnya teknologi siber membuat teori perbuatan jasmaniah menemui hambatan untuk menyelesaikan perkara pidana. Oleh karena itu, kemudian orang lebih melirik kepada mashab fungsional yang lebih mengedepankan kepada terselenggaranya fungsi yang dimaksud/diinggikan oleh petindak melalui aktivitas-aktivitas dalam/menggunakan instrumen teknologi siber. Pandangan ini diinspirasi dan dilegitimasi putusan Hoge Raad dalam *arrest listrik*, yang dalam era siber ditafsirkan sesuai keadaan kontekstual. Pandangan yang populer dikembangkan dalam konsep ini adalah baru dalam hukum berbeda dengan baru dalam teknologi. Baru dalam teknologi merupakan penemuan terkini yang menyebabkan peralatan atau *spart part* yang lama tidak dapat digunakan atau tidak sesuai dengan teknologi yang terkini, sedangkan baru dalam konsep hukum hanya reinterpretasi norma yang disesuaikan dengan kontekstualisasi zaman. Sebagai contoh konsep pencurian dalam internet tidak hanya sekadar berpindahnya penguasaan atas barang tapi juga dapat dimaknai bahwa ada penguasaan tanpa perlu berpindahnya/hilangnya kepemilikan suatu data.

Pandangan berbeda yang menyatakan bahwa kejahatan diranah siber merupakan jenis kejahatan jenis baru yang tidak ada padanannya dalam kejahatan konvensional oleh itu perlu suatu regulasi baru yang mengatur kejahatan baru tersebut. Argumentasi yang dibangun biasanya terkait dengan ketakutan akan adanya prinsip hukum pidana yang dilanggar khususnya asas legalitas yang tercermin dalam "*Nullum crimen sine lege certa*" (tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang yang jelas), *Nullum Crimen sine lege Scripta* (tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang yang tertulis) serta *Nullum crimen sine lege stricta* (tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang yang ketat) yang dimungkinkan mengurangi nilai kepastian hukum yang adil dalam hukum pidana.

Selain itu, perbedaan pandangan dalam memaknai *cybercrime* juga diteliti dan dikaji oleh Yang pada tahun 2004. Penelitian tersebut menunjukkan bahwa perbedaan mengenai perbuatan apa yang dianggap sebagai kejahatan siber ternyata memiliki implikasi yang signifikan. Menurut beliau masalah utama dalam menganalisis *cybercrime* adalah tidak adanya definisi yang konsisten mengenai kejahatan itu, bahkan di antara para pakar hukum pidana siber maupun penegak hukum. Hal ini bisa dilihat dari pendapat yang berbeda-beda mengenai definisi *cybercrime*.

antara lain: Pendapat Mr. Donn B. Parker mengatakan, kejahatan komputer adalah perlakuan yang mempunyai niat dan dikaitkan dengan komputer melalui berbagai cara yang menyebabkan korban menderita atau mengalami kerugian secara terus menerus.

Selain itu menurut Departemen Kehakiman USA, kejahatan komputer didefinisikan sebagai segala aktivitas yang tidak sah dimana pengetahuan mengenai teknologi komputer digunakan untuk merealisasikannya. Dua pendapat ini memperlihatkan betapa sangat luasnya perbuatan tercela yang dikategorikan ataupun dimasukkan dalam kejahatan komputer. Bahkan dalam konsep ini belum ada kesepakatan mengenai apakah disebut sebagai kejahatan komputer atau kejahatan siber dan apa batasan-batasan yang dapat digunakan dalam membuat pembedaan.

Kajian Gordon dan Ford juga menemukan ada pendefinisian yang sangat luas dan berbeda tentang kejahatan siber, misalnya perjanjian internasional (*treaty*) yang dihasilkan *Europe of Council* memasukkan kejahatan terhadap data berupa pelanggaran terhadap hak cipta, Zeviargese memasukkan *fraud*, *child pornography* dan *cyberstalking* sedangkan PBB melalui *manual on the prevention and the control of computer related crime* memasukkan *unauthorized access and Forgery*. Menurut beliau definisi yang ada menimbulkan kesulitan karena lebih bersifat deskriptif mengenai aktivitasnya dan bukan disandarkan pada teori. Padahal definisi yang akurat yang diperlukan untuk mengetahui ruang lingkup kejahatan siber dan bagaimana upaya penanggulangannya. Selain itu dalam penelitian Harun Al Rasyid ada beberapa istilah yang berbeda untuk menunjukkan suatu kejahatan komputer seperti dalam tabel berikut.¹⁵

No	Bentuk Kejahatan	Istilah lain
1.	Joycomputing	<ul style="list-style-type: none"> - Tijd Diefstal (bhs. Belanda) - Theft of Embezzlemen (Charles R. Swanson) - Theft of Computer Time and service (R.A. Brown) - Impersonation (JD. Sue Titus Reid)
2.	Hacking/Craking	<ul style="list-style-type: none"> - Computer Vredebreuk (Belanda) - On Bevoegd Zich Toegang Verschaffen (Andi Hamzah) - Computer Tresspass (Victoria Crime Act)

¹⁵ Harun Al Rasyid, "Tinjauan Yuridis Kriminologis Penerapan Pasal-Pasal KUHP dan Pasal-Pasal Undang-Undang Diluar KUHP Terhadap Kejahatan Komputer," Tesis pada Program Master FH UB, 2001.

3.	Trojan Horse	<ul style="list-style-type: none"> - Gegevens Manipulatie (Belanda) - Salami; the slicing off of little money from each of many account (Edward F. Patch)
4.	Data Leakage	On Bevoegd Kennis Nemen Van Gegevens (Belanda)
5.	Data Diddling	Vervalsen (Belanda)
6.	Penyia-nyiaan Data Komputer	<ul style="list-style-type: none"> - To Frustate Data Communication (Inggris) - Verijdeling Data Communicatie (Belanda) - Time Bomb (Edward F. Patch) - Computer Sabotage (S. Clark & Peter D. Kender) - Mischief in relation to data (Canada)
7.	Software Piracy	Pembajakan Program Komputer (Indonesia)
8.	Crime Againts The Person	Penyanderaan (Indonesia)
9.	Computer Informational Crime	Use Computer Information for Personal Profit (Inggris)

Tabel berikut ini juga memperlihatkan betapa beragamnya istilah yang digunakan dengan definisi dan modus yang dalam melakukan perbuatan tersebut.¹⁶

No	Bentuk Kejahatan	Definisi atau perbuatan	Modus yang Digunakan
1.	Joycomputing	<ul style="list-style-type: none"> • Menggunakan komputer secara tidak sah • Menggunakan melampaui wewenang yang diberikan 	<ul style="list-style-type: none"> • Mencuri peluang waktu dan kesempatan • Memanfaatkan waktu penggunaan komputer untuk kepentingan pribadi
2.	Hacking/Cracking	<ul style="list-style-type: none"> • Penyambungan/penambahan terminal komputer baru pada sistem jaringan komputer tanpa izin • Memasuki komputer atau melakukan akses dalam suatu jaringan tanpa izin 	<ul style="list-style-type: none"> • Menerobos masuk dengan akses jarak jauh melalui personal komputer • Mengelabui sistem-sistem pengamanan komputer dari sebuah instansi atau perusahaan lain

16 *ibid*

3.	Trojan Horse	Manipulasi data; membah, mengurangi atau menubah data atau instruksi pada sebuah program	<ul style="list-style-type: none"> • Metode Patch (tambalan atau tempelan) • Metode Salami (pembulatan angka)
4.	Data Leakage	Kebocoran data; suatu pembocoran data rahasia	<ul style="list-style-type: none"> • Menulis data rahasia kedalam kode tertentu kemudian dibawa keluar • Mengirimkan data-data tersebut kepada pihak luar
5.	Data Diddling	Mengubah data valid dengan cara tidak sah; mengubah input atau output data	<ul style="list-style-type: none"> • Memasukkan data baru yang sebenarnya tidak pernah ada
6.	Penyia-nyiaan Data Komputer	<ul style="list-style-type: none"> • Menjadikan data atau program komputer tidak dapat berfungsi atau rusak 	<ul style="list-style-type: none"> • Merusak, menghancurkan program, media disket, hardisk atau media penyimpan lainnya • Memasukkan Virus
7.	Software Piracy	Pembajakan hak cipta terhadap perangkat lunak komputer	<ul style="list-style-type: none"> • Melakukan penggadaaan atau pengcoopy-an program
8.	Crime Againts The Person	Seseorang dengan maksud untuk memperoleh keuntungan dari orang lain melalui cara-cara penyanderaan kemudian meminta sejumlah uang sebagai tebusannya.	<ul style="list-style-type: none"> • Melakukan penculikan • Penyanderaan • Minta uang tebusan dengan menghubungi korban lewat jaringan komputer
9.	Computer Informational Crime	Menggunakan informasi komputer untuk kepentingan seseorang atau pihak-pihak tertentu	<ul style="list-style-type: none"> • Menjual informasi yang didapat kepada seseorang atau perusahaan pesaing. • Membocorkan data rahasia (sama dengan pada perbuatan data leakage) • Dengan melakukan agregasi dan provokasi politik, sosial dan ekonomi di jaringan komputer seperti Internet.

Bentuk kejahatan siber di dalam tabel memperlihatkan bahwa dalam satu istilah dimungkinkan muncul definisi yang kadang sangat berbeda antara definisi yang satu dengan yang lain, apalagi jika sudah mengacu kepada modus atau bagaimana kejahatan tersebut dilakukan oleh para pelaku. Sebagai contoh terminologi *hacking* atau *cracking* mempunyai definisi dan konsep pelaksanaan yang berbeda. Bahkan dalam kriminalisasi hacking ada perdebatan yang panjang mengenai *white hacking* dengan *black hacking* untuk memidana orang yang dianggap melakukan akses tanpa izin.

4. Problem penegakan hukum *cybercrime*

Selain problem mengenai definisi yang berpengaruh pada perumusan norma maupun penegakan hukum. Faktor yang turut berpengaruh dalam proses penegakan hukum, menurut penelitian yang dilakukan oleh Yang dengan mengacu pada teori aktivitas rutin (*the routine activity theory*) menunjukkan bahwa peningkatan kejahatan siber dipengaruhi tingkat sekuriti/keamanan sistem komputer dalam aktivitas yang dilakukan oleh pengguna. Hal ini berbeda dengan pendapat Grabosky yang lebih condong merujuk kepada peluang atau kesempatan para pelaku. Oleh itu beliau percaya bahwa faktor pertama untuk mencegah kejahatan siber adalah dengan mereduksi peluang pelaku untuk melakukan tindak pidana. Hal ini terjadi karena seringkali pelaku menjadi termotivasi untuk melakukan kejahatan ketika terbuka kesempatan atau peluang, yaitu dengan rendahnya tingkat sekuriti dalam jaringan atau sistem komputer. Dalam hal ini negara tidak akan sanggup sendirian untuk mengontrol dan mengendalikan faktor kesempatan, motivasi pelaku dan sistem keamanan jaringan komputer. Negara memerlukan banyak institusi dan lembaga yang dapat mengendalikan keteraturan yang ada dalam dunia maya. Ini berarti hukum (pidana) negara mempunyai keterbatasan jangkauan untuk mengatur dan melindungi pengguna dari kejahatan. Grabosky percaya bahwa solusi untuk memerangi kejahatan siber harus melibatkan regulasi hukum negara (penegakan hukum), teknologi dan market.

Beberapa problematika dalam pemberantasan kejahatan siber:

1. Pelaku kejahatan siber seringkali tidak ditempat atau satu tempat dengan *locus delictie* ataupun akibat yang ditimbulkan. Masalah ini menyulitkan penegak hukum untuk melakukan penangkapan. Bahkan menjadi persoalan tersendiri ketika pelaku melakukan TP dari negara yang berbeda dengan korban. Dalam konteks ini kerjasama antarnegara menjadi sangat penting untuk diperhatikan terkait dengan yurisdiksi dan kebolehan dilakukan penangkapan oleh penegak hukum negara yang terkena dampak atau menjadi korban.

2. Tantangan yang lain adalah terkait dengan jumlah dan variasi korban dari kejahatan siber. Biasanya yang menjadi korban dari kejahatan siber adalah lembaga-lembaga pemerintahan dan perusahaan-perusahaan yang terkadang diantara mereka mempunyai kepentingan tidak sama ataupun bahkan bertentangan satu sama lain, akibatnya muncul hambatan untuk memberantas kejahatan siber ini.
3. Keunikan kejahatan siber yang lain adalah variasi pelaku dan niat untuk melakukan kejahatan. Dalam kejahatan siber banyak motif yang tidak jelas atau sukar diprediksikan yang menyebabkan penegak hukum kesulitan untuk mengungkapkan suatu kejahatan siber. Contohnya banyak pelaku tidak menyadari bahwa perbuatannya merupakan suatu kejahatan siber ataupun tidak menyadari konsekuensi dari perbuatan yang dilakukan termasuk dalam kategori kejahatan siber. Selain itu perlu juga dikaji mengenai motif para pelaku kejahatan siber seperti motif keserakahan, nafsu balas dendam, dan rasa ingin tahu. Rasa ingin tahu disini merupakan motif unik pada era siber karena ditandai dengan tantangan untuk mengalahkan sistem keamanan yang lebih kompleks.
4. Kesulitan dan keraguan melakukan kategorisasi perbuatan yang dikriminalisasi serta kelambatan pemerintah menerapkan regulasi yang melawan kejahatan siber.
5. Aparat penegak hukum (polisi), terutama daerah tidak banyak dibekali pengetahuan dan peralatan yang cukup untuk memproses pelaku kejahatan siber. Bahkan bisa jadi tidak ada divisi yang secara khusus untuk memerangi kejahatan siber. Sebagai contoh ada beberapa hal yang harus diperhatikan dan dipertimbangkan oleh polisi dalam proses penyidikan:
 - a. Terkait dengan penyitaan data atau dokumen elektronik milik pelaku, polisi harus mempunyai pengetahuan mengenai bagian apa yang secara spesifik perlu disita sesuai dengan kebutuhan. Pertanyaannya bagaimana cara menentukannya?
 - b. Apakah salinan/copy data elektronik diterima sebagai alat bukti yang sah dipersidangan? Pertimbangan ini perlu sehingga polisi tidak perlu menyita seluruh sistem komputer yang memungkinkan mematikan bisnis yang dibangun dari data elektronik tersebut.
 - c. Alat apa yang dapat digunakan untuk melakukan akses ke sistem komputer? apakah yang dapat dianggap sebagai penyitaan sesuai hukum terhadap informasi dan bagaimana dengan penyadapan/perangkap?
6. Banyak kasus kejahatan siber yang tidak dilaporkan oleh korban

kepada aparat penegak hukum. Dalam konteks ini biasanya ada 2 alasan, pertama korban merasa bahwa serangan cybercrime yang terjadi padanya bukan hal yang signifikan. Kedua korban tidak merasa yakin bahwa polisi akan sanggup untuk mengatasi serangan cybercrime tersebut¹⁷.

7. Biasanya serangan kejahatan siber yang berhasil membobol suatu sistem keamanan membuat suatu sistem keamanan kesulitan untuk bertahan dari serangan berikutnya. Hal ini disebabkan pelaku sudah mengenal dengan baik kelemahan dari sistem keamanan yang dibangun.
8. Perbedaan penanganan kejahatan siber di banding kejahatan konvensional, yakni :
Ada beberapa karakteristik kejahatan siber yang berbeda dengan kejahatan konvensional antara lain¹⁸:

Perbedaan	Kejahatan Siber	Kejahatan Konvensional
TIK	Penggunaan TIK dalam aktivitas kejahatan	Tidak ada penggunaan TIK
Alat Bukti	Alat bukti digital	Alat bukti fisik (psl 184 KUHAP)
Hubungan Pelaku dg Korban	Pelaku dan Korban ada dimana saja	Pelaku dan Korban biasanya satu tempat
Locus delictie	Alam siber	Alam nyata/fisik
Penyidikan	Lab. Forensik komputer Perlu penyidikan di siber space	Lab. Komputer Tidak perlu
TKP	<i>Computer scene</i> (penanganan komputer sebagai TKP)	Tidak ada <i>computer scene</i>
Keterangan Ahli	Diperlukan keterangan ahli dalam bidang IT	Tidak perlu ahli IT

Problematika penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan siber memberikan peringatan mengenai perlunya pemikiran yang jernih mengenai konsepsi yang mesti dipilih dalam memberikan perlindungan terhadap kejahatan siber, yakni.

17 Furnel, S. 2006. *Cybercrime: Vandalizing the information society*. <http://openlibrary.org/b/OL7408656M/Cybercrime-Vandalizingthe-Information-Society>. diakses 11 April 2011.

18 Petrus R Golose, 2010, *Perkembangan Cyber Crime dalam Kejahatan Extra Ordinary*, makalah disampaikan di Penataran nasional Hukum Pidana dan Kriminologi tahun 2010 kerjasama FH UPH Surabaya , FH Ubaya dan MAHUPIKI 2-3 Desember.

1. Untuk memahami sifat kejahatan siber harus melihat dampaknya, yaitu (1) locus delictie; (2) Korban; (3) pelaku; dan (4) Apa yang sedang dilakukan untuk mengurangi ancaman kejahatan siber.
2. Memperhatikan faktor-faktor yang mendukung efektifitas dalam mengurangi kejahatan siber, antara lain:
 - a. pertama, sifat kejahatan siber harus dipahami sebagai klasifikasi kejahatan siber yang bervariasi tergantung pada pelaku dan korban;
 - b. kedua, kejahatan siber harus dianalisis dalam hubungannya dengan ancaman keamanan yang dilakukan;
 - c. Ketiga, struktur keamanan harus di implementasikan untuk menanggulangi bahkan menyerang kejahatan siber.
3. Apabila menggunakan KUHP dan UU pidana konvensional diluar KUHP dengan argumentasi mengisi kekosongan hukum/celah hukum perlu penafsiran baru terhadap norma KUHP disesuaikan dengan konteks kekinian;
4. UU tentang penanggulangan kejahatan siber haruslah: mengintegrasikan antara norma yang dibentuk negara yang bersifat *top-down* dengan *self-regulation* dalam alam siber yang juga berperan memberi andil keteraturan dalam alam siber. Artinya dalam menanggulangi kejahatan siber, hukum pidana punya keterbatasan, oleh itu agar efektif perlu koeksistensi dengan norma-norma yang hidup dan ditaati oleh pengguna, seperti netizen/etika.
5. Teknologi berperan dalam mencegah pelaku memanfaatkan peluang/kesempatan melakukan kejahatan siber seperti: enkripsi, autentikasi, biometric dan sebagainya.

DAFTAR PUSTAKA

Barda Nawawi Arief, 2007, *Tindak Pidana Mayantara: perkembangan Kajian Cybercrime di Indonesia*, Jakarta:PT Raja Grafindo Persada.

Brian Fitzgerald, 'Software as Discourse: The Power of Intellectual Property in Digital Architecture' (2000) 18 *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 337, 353 fn 52. Gutnick (2002) 194 ALR 433.

Budi, AR, *Aspek Perlindungan Hukum Nasabah dalam sistem Pembayaran Internet*. Artikel dalam *Jurnal Hukum*. No 16.

David Johnson dan David Post, 'Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace' (1996) 48 *Stanford Law Review* 1367.

Furnel, S. 2006. *Cybercrime: Vandalizing the information society*. <http://openlibrary.org/b/OL7408656M/Cybercrime-Vandalizingthe-Information-Society>.

Georgios I Zekos, 'State Cyberspace Jurisdiction and Personal Cyberspace Jurisdiction' (2007) 15 *International Journal of Law and Information Technology* 1.

Green Paper, entitled 'A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses' can be found at <http://www.ntia.gov/ntiahome/domainname/dnsdrft.htm>. diakses. 23 Maret 2010.

Gordon, S., & Ford, R, 2006. *On the definition and classification of cybercrime*. <http://www.springer-verlag.com>Jessica Lipnack & Jeffrey Stamps, 1994, *The Age of the Network, Organizing Principle for the 21st Century*, New York : John Willey & Sons, Inc.

Lawrence Lessig, 'The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach' (1999) 113 *Harvard Law Review* 501.

Petrus R Golose, 2010, *Perkembangan Cyber Crime dalam Kejahanan Extra Ordinary*, makalah disampaikan di Penataran nasional Hukum Pidana dan Kriminologi tahun 2010 kerjasama FH UPH Surabaya , FH Ubaya dan MAHUPIKI 2-3 Desember.

Shinder, Debra Littlejohn,2002, *Science of the Cybercrime*,USA : Syngress Publishing.

Yang, S. 2004. *Routine activity theory/lifestyle.*, <http://faculty.chass.ncsu.edu/garson/PA765/routine.htm>.

Yasraf A.P, 2004. *Dunia yang Dilipat: Tamasya melampaui batas-batas kebudayaan*. Jalasutra, Yogyakarta.

. <http://www.internetworldstats.com/asia.htm#id>

BAGIAN 3

PROSEDUR

HUKUM PIDANA

KEPENTINGAN UMUM DALAM MENGKESAMPINGKAN PERKARA PIDANA DI INDONESIA

Taufik Rachman

1. Pendahuluan

Ada dua cara yang dapat ditempuh Kejaksaan untuk “tidak melanjutkan” perkara pidana di Indonesia, yakni dengan mengeluarkan Surat Ketetapan Penghentian Penuntutan (SKPP) dan menerapkan asas oportunitas (*Ceponering*). Pertama didasarkan pada ketentuan Pasal 140 (2) KUHAP yang mensyaratkan tiga hal secara alternatif, yakni 1. Tidak terdapat cukup bukti; 2. Peristiwa tersebut ternyata bukan merupakan tindak pidana atau; 3. Perkara ditutup demi hukum. Selanjutnya, perkara pidana tidak dilanjutkan dengan menerapkan asas oportunitas berdasarkan ketentuan Pasal 35 huruf C UU Kejaksaan dengan alasan berdasarkan kepentingan umum. Jika salah satu cara dipilih dan tidak ada permasalahan mengenai keabsahannya, maka perkara pidana berhenti sebelum persidangan dimulai. Sebaliknya, jika permasalahan keabsahannya diajukan sebagai keputusan yang salah, maka untuk yang pertama dapat diuji melalui lembaga praperadilan, sedangkan untuk pilihan kedua tidak bisa dipermasalahkan dalam sistem peradilan pidana Indonesia. Tidak pernah jelas mengapa implementasi asas oportunitas tidak boleh dipermasalahkan, namun alasannya yang selalu digunakan adalah adanya Pasal 35 huruf c UU Kejaksaan yang memperbolehkan Jaksa Agung mengkesampingkan perkara demi kepentingan umum. Pada titik tertentu, Jaksa Agung memang harusnya mempunyai kewenangan tersebut meskipun tidak ada prosedur acara pidana yang dapat mempermasalahkannya asalkan rasional dan sesuai dengan kepentingan umum sebagaimana dimaksud atau dituju Hukum Pidana. Permasalahannya adalah makna kepentingan umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 huruf c UU Kejaksaan tersebut merujuk pada apa? Penulis akan membandingkan kewenangan diskresional Penuntutan di Indonesia dengan yang diterapkan di Negara anglo saxon dan Belanda

sebagai gambaran singkat yang tentunya masih bisa dikaji lebih mendalam baik dari sisi filosofis, teoritisnya maupun rasio kebijakannya.

Di negara *Anglo Saxon* seperti Inggris, Amerika atau Australia menempatkan keputusan menghentikan perkara pidana sebagai permasalahan diskresi dari Kejaksaan. Salah satu alasan penghentian perkara pidana di negara-negara tersebut adalah kepentingan umum, sama dengan yang ada di Indonesia, namun dinegara mereka disebutkan secara jelas namun tidak mengikat secara kaku Penuntut Umumnya. Sebagai contoh kepentingan umum tersebut adalah sebagai berikut:¹

- A. *the court is likely to impose a very small or nominal penalty*
- B. *the offence was committed as a result of a genuine mistake or misunderstanding (these factors must be balanced against the seriousness of the offence)*
- C. *the loss or harm can be described as minor and was the result of single incident, particularly if it was caused by a misjudgment*
- D. *there has been a long delay between the offence taking place and the date of the trial, unless :*
 - *the offence is serious*
 - *the delay has been caused in part by the defendant*
 - *the offence has only recently come to light; or*
 - *the complexity of the offence has meant that there has been a long investigation*
- E. *a prosecution is likely to have a very bad effect on the victim's physical or mental health, always bearing in mind the seriousness of the offence*
- F. *The defendant is elderly or is, or was at the time of the offence, suffering from significant mental or physical ill health, unless the offence is serious or there is a real possibility that it may be repeated.*
- G. *The defendant has put right the loss or harm that was caused (but defendants must not avoid prosecution simply because they can pay compensation); or*
- H. *Details may be made public that could harm sources of information, international relations or national security*

Penuntut Umum di Negara *anglo saxon* masih memiliki ruang untuk menerapkan *good Judgment*-nya dalam menangani perkara pidananya berdasarkan kondisi-kondisi yang menyelimutinya. Perdebatan muncul ketika mempertanyakan limitasi dari kepentingan umum itu sendiri. Prof. Sudikno Mertokusumo dalam papernya yang dipresentasikan di kantor Kejaksaan Agung berpendapat bahwa kepentingan umum seharusnya tidak didefinisikan secara spesifik untuk menjaga fleksibilitas dari definisi

1 Martin Wasik et.al. dikutip di Taufik Rachman, *Dasar Teori Kewenangan Penyidik maupun Penuntut Umum Dalam Menghentikan Perkara Pidana*, Jurnal Yuridika Universitas Airlangga 2010, hlm.13

yang mampu sejalan dengan perkembangan masyarakat. Sebaliknya, argumentasi dapat diajukan bahwa kepentingan umum harusnya didefinisikan secara jelas untuk meminimalkan *abuse of powers* atau paling tidak harus ada pedoman mengenai apa yang dimaksud kepentingan umum meskipun tidak mengikat. Jika keputusan untuk mengesampingkan perkara pidana dianggap sebagai kewenangan diskresi dari Jaksa Agung, akan sangat baik jika sebelumnya menggunakan kewenangan tersebut didasarkan atas pedoman sebagai pertimbangan. Jadi, batasan yang jelas terkait definisi kepentingan umum sebagai pedoman menjadi hal sangat penting dalam mengesampingkan perkara pidana.

2. Menghentikan perkara pidana di sistem peradilan pidana Belanda

Dipilih negara Belanda sebagai contoh dalam penulisan ini dikarenakan adanya fakta kesejarahan yang panjang antara Indonesia dengan Belanda dan memberikan gambaran perwakilan Negara dengan *civil law legal tradition* yang dirasa sangat mapan dalam mengatur penghentian perkara pidananya. Dalam Hukum Acara Pidana Belanda, menghentikan perkara pidana dapat dilakukan dengan dasar yang hampir sama seperti yang ada dalam Hukum Acara Pidana Indonesia dengan perkembangan pelaksanaan yang lebih menekankan pada kewenangan diskresi untuk tidak melakukan penuntutan. Persamaan tersebut dapat dilihat pada konsep penghentian atau melanjutkan perkara pidana yang didasarkan 1. Asas Legalitas 2. Asas Oportunitas yang juga dikenal dengan peristilahan *expediency principle*. Asas Legalitas yang dimaksud adalah Penuntut Umum wajib menuntut semua perkara pidana yang cukup alat buktinya dan tidak ada halangan untuk menuntut. Asas oportunitas berarti Penuntut Umum bisa tidak melakukan penuntutan atas dasar kepentingan umum. Tidak jelas dasar teoritik yang digunakan namun dalam praktiknya perkembangan tersebut didasarkan atas alas an bahwa tidak mungkin semua tindak pidana dapat diajukan penuntutan, bahwa tidak semua tindak pidana patut untuk diajukan penuntutan serta pada kondisi-kondisi tertentu sangatlah tidak produktif jika menuntut semua perkara pidana hasil dari penyidikan. Peter J.P.Tak menyebutkan bahwa *Research on the effect of law enforcement coupled with the limited resources of law enforcement agencies revealed that it was impossible, undesirable, and in some circumstances even counter-productive to prosecute all offences investigated.*²

Ada dua cara yang dapat ditempuh dalam menghentikan perkara pidana dalam sistem hukum Belanda yakni melalui 1. *technical or procedural waiver* dan berdasarkan 2. *the expediency principle*. Untuk *technical or*

2 Peter J.P.Tak, *The Dutch Criminal Justice System*, Wolf Legal Publishers, Netherland, 2008, hlm.85

procedural waiver, the prosecution service may decide not to prosecute in case where a prosecution would probably not lead to conviction due to lack of evidence, or for technical consideration.³ For the expediency principle laid down in section 167 CCP authorizes the prosecution service to waive (further) prosecution 'for reasons of public interest'.⁴ Sebenarnya selain menghentikan perkara sebagaimana dimaksud diatas, meskipun tidak mempunyai dasar hukum yang jelas serta tidak mempunyai dasar teori yang pasti, namun diterima secara umum bahwa penuntut umum dapat melakukan "suspend a prosecution". Suspend prosecution secara umum maupun secara khusus tidak ditentukan kondisi-kondisinya namun dapat praktiknya diterapkan mirip dengan kondisi suspended sentence.

Terkait dengan pelaksanaan penghentian perkara pidana, ditahun 1960, the Dutch criminal justice system mulai menerapkan kewenangan diskresi untuk tidak melakukan penuntutan pada skala yang terbatas, namun kemudian setelah dilakukan banyak penelitian terkait dengan "*on the effects of law enforcement coupled with the limited resources of law enforcement agencies*"⁵ kebijakan untuk tidak melakukan penuntutan diterapkan berdasarkan kewenangan diskresi. Lebih jauh Tak mengatakan bahwa "*to harmonize the utilization of this discretionary power, the head of the prosecution service, the Board of Prosecutors General, regularly issues national prosecution guidelines*"⁶.

*The main reasons to apply the expediency principle are:*⁷

- Measures other than penal sanctions are preferable (mainly disciplinary sanctions or administrative or private measures); and
- Prosecution will be disproportionate, unjust or ineffective because
- The crime is of a minor nature;
- The crime has a low degree of punish ability ; or
- The crime is old;
- The suspect is too young or too old;
- The suspect has recently been sentenced for another crime;
- The crime has negatively affected the suspect himself (victim of his own crime);
- The health condition of the suspect;
- Rehabilitation prospect of the suspect;
- Suspect cannot be traced;
- Corporate criminal liability;
- The person in control of the unlawful behavior is prosecuted, not the perpetrator;
- The suspect has paid compensation;

3 Ibid.hal. 84

4 Ibid

5 Ibid

6 Ibid

7 Ibid. hlm. 85

Kepentingan umum dalam mengesampingkan perkara pidana di Indonesia

- *The victim has contributed to the crime; and*
- *A close relation between the victim and the suspect, and the prosecution would be contrary to the interest of the victim*

The ground for non-prosecution due to technicalities can be:⁸

- *Wrongly registered as suspect by the police;*
- *Insufficient legal advice for a prosecution;*
- *Inadmissibility of a prosecution because of the expire of the time limit, the decease of the suspect, the absence of a complaint in cases of private complaint offences, the non-observance of undue delay (sect.6 ECHR) or suspect not yet criminally liable (< 12 years of age)*
- *The court does not have a legal competence over the case*
- *The act does not constitute criminal offence;*
- *The offender is not criminally liable due to a justification or excuse defense; and*
- *The evidence has been illegally obtained*

Penuntut Umum di Belanda tidak wajib untuk tidak menuntut berdasarkan ‘due to technicalities’ (*due to policy considerations*). Namun jika Penuntut Umum tersebut akan menghentikan perkara pidana, dia harus menentukan alasannya berdasarkan katagori yang disebutkan tersebut. Hal ini tentunya membuat kemungkinan ada perbedaan kebijakan antara satu Kejaksaan di suatu wilayah tertentu dengan Kejaksaan di wilayah yang lain di Belanda, tergantung kebijakan masing-masing dari Kejaksaan daerah tersebut.

Sampai sejauh ini penulis telah menunjukkan gambaran penghentian penuntutan perkara pidana Belanda tanpa menerapkan kondisi-kondisi tertentu pada tersangka. Selain menerapkan penghentian penuntutan tanpa kondisi, Penuntut umum Belanda dapat menghentikan penuntutan dengan kondisi tertentu yang harus dipenuhi, yang diberi nama “*conditional waiver*” atau “*dismissal*”. Sistem peradilan pidana Belanda juga memperbolehkan Penuntut umum untuk menunda penuntutan. Meski tidak ada landasan hukumnya, namun secara umum tindakan tersebut bisa dilakukan oleh Penuntut umum. Akan menjadi semakin kompleks, ternyata di Belanda, Penuntut Umum juga diperbolehkan untuk menghentikan perkara pidana berdasarkan konsep “*transaction*”. Hal ini bisa dikatakan sebagai penerapan penerapan konsep “*diversion*” dimana tersangka secara sukarela membayar sejumlah uang pada Bendahara Negara atau harus memenuhi satu atau lebih kondisi-kondisi yang telah ditetapkan terkait dengan keuangan untuk menghindari penuntutan di persidangan. Hal ini menunjukan bahwa Penuntut Umum Belanda seolah-olah semakin memiliki kekuasaan yang dulunya hanya dimiliki oleh Hakim. Tak mengatakan terkait dengan transaksi sebagai berikut:

⁸ Ibid.hal. 86

"Transaction can be considered as a form of diversion in which the offender voluntarily pays a sum of money to the Treasury, or fulfils one or more (financial) conditions laid down by the prosecution service in order to avoid further criminal prosecution and public trial "⁹

Dari gambaran yang disampaikan diatas, penghentian perkara pidana di Belanda didasarkan atas kewenangan diskresi yang ada pada penuntut umum. Terkait dengan makna kepentingan umum dalam menghentikan perkara pidana di Belanda secara tegas menyebut dalam guidlinesnya mengenai criteria yang dimaksud. Argumentasi yang mengatakan bahwa penjabaran secara spesifik mengenai apa yang dimaksud kepentingan umum hanya ada pada Negara *Anglo Saxon* saja tentu tidak bisa dipertahankan mengingat Belanda adalah salah satu Negara dengan *Civil Law tradition*. Ada tendensi bahwa negara yang dulunya menerapkan asas legalitas dalam penuntutannya sekarang lebih banyak menerapkan kewenangan diskresi dalam menghentikan perkara pidananya. Hal ini dikarenakan kewenangan diskresi dalam penuntutan adalah sesuatu yang tidak bisa dihindari untuk menjalankan administrasi peradilan pidana atas pertimbangan keterbatasan jumlah aparat penegak hukum, finansial dan jumlah perkara pidana yang tinggi. Sistem peradilan pidana Indonesia harusnya belajar untuk merasionalisasikan administrasi peradilannya seperti yang dilakukan di Belanda. Namun demikian hal tersebut harus dilakukan penelitian yang sistematis dan menyeluruh untuk melihat tidak hanya 'teks' namun juga kesesuaian 'konteks' kebijakannya.

3. Menghentikan perkara pidana di sistem peradilan pidana Anglo Saxon

Di negara *anglo saxon* seperti Inggris, US ataupun Australia, penghentian perkara pidana merupakan kewenangan diskresi dari Penuntut Umum. Untuk meneruskan perkara pidana atau menghentikan suatu perkara pidana didasarkan atau dua tes, yakni 1. *Is there a reasonable prospect of conviction ?* dan 2. *Is the prosecution in the public interest?*¹⁰ Dua tes ini harus dijawab secara kumulatif dengan jawaban yang bernilai positif untuk menentukan adanya penuntutan terhadap suatu perkara pidana dan penghentian penuntutan atas suatu perkara pidana jika salah satu dijawab negatif. Dikatakan tidak ada '*reasonable prospect of conviction*' biasanya dikarenakan kurang alat bukti atau bukan perkara pidana. Sedangkan untuk tes yang kedua, pemaknaan *public interest* sangatlah vital karena menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penuntutan. Kedua tes ini

9 Ibid hlm. 87-88

10 Corns dan Tudor, *Criminal Investigation and Procedure, The Law in Victoria*, Thomson Reuters, Australia,2009, hlm. 291

dapatlah dikatakan sebagai dasar teori penghentian penuntutan maupun diteruskannya penuntutan oleh Penuntut Umum di Negara *Anglo Saxon*. Penegasan akan dasar teori seperti ini sepengetahuan penulis tidak diketemukan di Negara-negara *civil law tradition*, namun untuk menegaskan hal tersebut perlu dilakukan penelitian lebih lanjut.

Pedoman yang digunakan untuk menjelaskan apa yang dimaksud dengan kepentingan umum / *public interest* di Negara anglo saxon diatur secara berbeda dibandingkan dengan di Negara *civil law tradition* seperti di Belanda ataupun di Indonesia. Dinegara *Anglo Saxon*, *public interest* dimaknai tidak hanya sebatas penuntut umum menghentikan perkara pidana, namun juga ketika penuntut umum melakukan penuntutan terhadap perkara pidana. Berikut disampaikan makna kepentingan umum dalam hal melakukan penuntutan terhadap perkara pidana dan kepentingan umum dalam hal menghentikan perkara pidana.

Penuntut umum melakukan penuntutan dianggap sesuai dengan *public interest* jika:¹¹

- A. *a conviction is likely to result in significant sentence*
- B. *a weapon was used or violence was threatened during the commission of the offence*
- C. *the offence was committed against a person serving the public*
- D. *the defendant was in a position of authority or trust*
- E. *the evidence shows that the defendant was a ringleader or an organizer of the offence*
- F. *there is evidence that the offence was premeditated*
- G. *there is evidence that the offence was carried out by a group*
- H. *the victim of the offence was vulnerable, has been put in considerable fear, or suffered personal attack, damage or disturbance*
- I. *the offence was motivated by any form of discrimination against the victim's ethnic or national origin, sex, religious beliefs, political views or sexual preference*
- J. *there is a marked difference between the actual or mental ages of the defendant and the victim, or if there is any element of corruption*
- K. *the defendant's previous convictions or cautions are relevant to the present offence*
- L. *the defendant is alleged to have committed the offence whilst under an order of the court*
- M. *there are grounds for believing that the offence is likely to be continued or repeated, for example, by a history of recurring conduct*
- N. *the offence, although not serious in itself, is widespread in the area where it was committed*

Sedangkan yang dimaksud dengan tidak sesuai dengan kepentingan umum dan perkara pidana harus dihentikan jika:¹²

- A. *the court is likely to impose a very small or nominal penalty*
- B. *the offence was committed as a result of a genuine mistake or misunderstanding (these factors must be balanced against the seriousness of the offence)*

11 Martin Wasik et.al. dikutip di Taufik Rachman, *above n.1*.

12 *Ibid.* hlm. 13-14

- C. *the lose or harm can be described as minor and was the result of single incident, particularly if it was caused by a misjudgment*
- D. *there has been a long delay between the offence taking place and the date of the trial, unless :*
 - *the offence is serious*
 - *the delay has been caused in part by the defendant*
 - *the offence has only recently come to light; or*
 - *the complexity of the offence has meant that there has been a long investigation*
- E. *a prosecution is likely to have a very bad effect on the victim's physical or mental health, always bearing in mind the seriousness of the offence*
- F. *the defendant is elderly or is, or was at the time of the offence, suffering from significant mental or physical ill health, unless the offence is serious or there is a real possibility that it may be repeated.*
- G. *The defendant has put right the loss or harm that was caused (but defendants must not avoid prosecution simple because they can pay compensation); or*
- H. *Details may be made public that could harm sources of information, international relations or national security*

Karakter Negara common law dalam memberikan batasan jelas tentang kepentingan umum/ *public interest* menunjukan bahwa dalam hal menuntut ataupun tidak menuntut perkara pidana, kepentingan umum/ *public interest* merupakan hal yang sangat penting. Namun bukan berarti di Negara civil law tradition seperti Belanda yang tidak mencantumkan apa yang dimaksud kepentingan umum/ *public interest* dalam hal melakukan penuntutan merupakan pengabaian pertimbangan kepentingan umum/ *public interest* dalam hal tersebut. Kepentingan umum/ *public interest* dianggap telah dipertimbangkan dalam setiap penuntutan perkara pidana. Kritik yang dapat diajukan adalah apakah semua Jaksa mengetahui bahwa setiap penuntutan adalah demi kepentingan umum/*public interest* dan apakah Jaksa mengetahui bahwa pemidanaan merupakan premium remedium dalam suatu system hukum. Bukankah dengan diberikan pedoman terkait dengan makna kepentingan umum/*public interest* dalam hal menuntut perkara pidana bukan berarti mengikat setiap Jaksa namun paling tidak dapat digunakan sebagai bahan pertimbangan dalam setiap penuntutan.

4. Mengesampingkan perkara berdasarkan ketentuan Pasal 35 huruf C UU Kejaksaan

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya bahwa Jaksa Agung berdasarkan asas oportunitas dapat mengesampingkan perkara pidana berdasarkan kepentingan umum. Tidak semua Penuntut Umum di Indonesia dapat menerapkan asas oportunitas karena kewenangan tersebut eksklusif hanya dimiliki oleh Jaksa Agung. Penerapan asas ini oleh Jaksa Agung juga tidak jelas dalam hal prosedurnya namun berdasarkan penjelasan Pasal 35 huruf c UU Kejaksaan disebutkan bahwa dalam "Mengesampingkan perkara sebagaimana dimaksud dalam ketentuan

ini merupakan pelaksanaan asas oportunitas, yang hanya dapat dilakukan oleh Jaksa Agung setelah memperhatikan saran dan pendapat dari badan-badan kekuasaan negara yang mempunyai hubungan dengan masalah tersebut."Dari penjelasan tersebut dapatlah dipahami bahwa penerapan Asas Oportunitas merupakan kewenangan diskresi dari Jaksa Agung dan penerapannya memperhatikan saran serta pendapat dari badan-badan kekuasaan Negara yang mempunyai hubungan atas masalah tersebut.

5. Kewenangan diskresi Jaksa Agung dalam menerapkan asas oportunitas

tidak disebutkan dengan tegas bahwa penerapan asas oportunitas merupakan kewenangan diskresi dari Jaksa Agung namun dilihat dari rumusan Pasal yang mengaturnya dapat dipastikan bahwa kewenangan yang dimaksud adalah kewenangan diskresi yang dibedakan dengan kewenangan terikat. Karakter kewenangan diskresi tersebut terlihat ketika kewenangan atau tugas Jaksa Agung dalam mengesampingkan perkara pidana tersebut didasarkan atas penilaian kebijaksanaan Jaksa Agung dalam menilai kepentingan umum/public *interest*. Pilihan untuk mengesampingkan atau tidak mengesampingkan perkara pidana didasarkan atas 'kebijaksanaan' seorang pejabat (Jaksa Agung) merupakan kewenangan yang diskresional. K.C. Davis menegaskan bahwa "*An administrator has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction.*"¹³Berdasarkan definisi ini, limitasi penerapan asas oportunitas dapat terlihat dalam hal 1. Hanya Jaksa Agung yang dapat menerapkannya dan 2. Alasan yang dapat digunakan hanya kepentingan umum.

Untuk memperbandingkan antara kewenangan bebas (diskresi) dengan kewenangan terikat, Prof. Philipus M. Hadjon mendefinisikan sebagai berikut.¹⁴

Wewenang terikat adalah wewenang dari pejabat atau badan pemerintah yang wajib dilaksanakan atau tidak dapat berbuat lain selain dari apa yang tercantum dalam isi sebuah peraturan. Wewenang ini sudah ditentukan isinya secara rinci, kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan. Sedangkan **wewenang diskresi** (*beleidsvrijheid, discretionary power, freies ermessen*) adalah wewenang yang diberikan beserta kebebasan dari pejabat untuk mengatur secara lebih konkret dan rinci, sedangkan peraturan perundang-undangan hanya memberikan hal-hal yang pokok saja.

Uraian tersebut menunjukkan bahwa kewenangan diskresi haruslah lahir dari suatu peraturan perundang-undangan sebagai dasar kewenang-

13 K.C.Davis dikutip di George P. Fletcher, *Some Unwise Reflections About Discretion*, 47Law & Contemp.Probs.273 1984

14 Philipus M. Hadjon dikutip di Taufik Rachman, *above n.1.hal 13*

an itu sendiri meski mengatur hal-hal yang pokok saja serta adanya kebebasan dari pejabat untuk mengaturnya lebih konkret dan rinci. Penerapan asas oportunitas oleh Jaksa Agung didasarkan atas Undang-Undang Kejaksaan sebagai peraturan yang mengatur mengenai pokok-pokoknya saja. Mengenai perlu atau tidaknya pengaturan yang lebih rinci dan konkret hal itu diserahkan Jaksa Agung. Namun dalam paper ini, diajukan argumentasi bahwa pengaturan yang lebih rinci seharusnya dilakukan terutama terkait dengan pemaknaan kepentingan umum/*public interest*. Hal ini didasarkan pada perkembangan di beberapa negara-negara maju, seperti Belanda, Inggris, Amerika, Australia memberikan perincian yang konkret terkait makna kepentingan umum/ *public interest*. Dilihat dari bentuk kewenangannya, jika memperbandingkan antara penghentian perkara pidana di Negara Belanda, Amerika, Inggris, Australia dengan penerapan asas oportunitas oleh Jaksa Agung di Indonesia, karakternya yang diskresional tentu sama namun perbedaannya terlihat pada kejelasan makna kepentingan umumnya.

Secara umum, penghentian perkara pidana di Indonesia bukanlah kewenangan diskresi karena adanya kewajiban untuk Penuntut Umum menuntut semua perkara pidana dalam daerah hukumnya. Selain itu adanya karakter "*Governing Rule*" sebagaimana dalam ketentuan Pasal 140 ayat 2 KUHAP, mengikat Penuntut Umum dalam menerapkan penghentian penuntutan.¹⁵ *Governing Rules* yang dimaksud adalah adanya syarat yang harus dipenuhi sebelum menghentikan perkara pidana yakni tidak terdapat cukup bukti, peristiwa tersebut ternyata bukan perkara pidana atau perkara ditutup demi hukum (mati, daluarsa atau *nebis in idem*). Penerapan asas oportunitas oleh Jaksa Agung merupakan perkecualian dalam menghentikan perkara pidana di Indonesia dengan karakter yang diskresional.

6. Kepentingan umum dalam asas oportunitas

Tidak jelas apa yang dimaksud kepentingan umum sebagaimana diatur dalam Pasal 35 huruf C UU Kejaksaan karena definisi yang masih kabur dan tidak ada pedoman sebagai rujukannya. Beberapa pakar hukum di Indonesia berargumentasi bahwa pengaturan yang luas mengenai apa yang dimaksud public interest adalah jaminan akan fleksibilitas peraturan yang selalu mengikuti perkembangan zaman. Prof. Sudikno Mertokusumo dalam papernya yang dipresentasikan di kantor Kejaksaan Agung berpendapat bahwa kepentingan umum seharusnya tidak didefinisikan secara spesifik untuk menjaga fleksibelitas dari definisi yang mampu sejalan dengan perkembangan masyarakat. Namun sebagaimana telah dijelaskan diatas, definisi yang terbuka condong untuk

15 Ibid.hal.20

disalahgunakan. Jika didasarkan atas penjelasan Pasal 35 huruf c UU Kejaksaan yang mensyaratkan adanya konsultasi untuk menerima saran dari lembaga yang terkait perkara tersebut maka justifikasi penghentian perkara yang didasarkan atas oportunitas oleh Jaksa Agung merupakan justifikasi politis atas kekuasaan yang sedang memerintah (kekuasaan eksekutif) yang cenderung untuk mempertahankan kekuasaannya. Lebih jauh lagi, jabatan Jaksa Agung adalah jabatan politis karena Jaksa Agung diangkat oleh Presiden (*eksekutif power*) dan ditakutkan penggunaan atas oportunitas ini bukan didasarkan kepentingan umum secara objektif namun berdasarkan kepentingan politis yang hanya mempertahankan kekuasaan. Meskipun secara konseptual tidak bisa dihindari bahwa penerapan atas oportunitas syarat akan kepentingan politis, namun seyogyanya kepentingan politis tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara public dan masyarakat dapat berpartisipasi dalam mengontrolnya. Lorne Sossin menyebutkan bahwa *Discretion is ultimately a political issue, not simply a legal one.*¹⁶ Karakter dari penerapan atas oportunitas yang diskresional dan sangat politis ini membuat setiap keputusan yang diambilnya sangat tertutup. Indonesia sebagai Negara yang demokratis dan berdasarkan atas rule of law sudah seharusnya menerapkan prinsip keterbukaan dalam pelaksanaan pemerintahannya serta membuka ruang yang seluas-luasnya untuk partisipasi masyarakat dalam menjalankannya. Sebagai konsekuensi Negara yang demokratis dan berdasarkan *rule of law*, dalam penerapan atas oportunitas haruslah terbuka dan dimungkinkan saluran politis untuk dinilai karena sifat dari kewenangan tersebut yang diskresional. Saluran politis yang dimaksud adalah saluran politis yang memungkinkan masyarakat untuk berpartisipasi aktif untuk menyampaikan pendapatnya baik melalui media maupun lembaga-lembaga politis lainnya seperti legislative. Untuk menjaga objektifitas dari partisipasi tersebut maka diperlukan tolok ukur yang jelas untuk menilai penerapan atas oportunitas tersebut. Kepentingan umum sebagai jantung dari penerapan atas oportunitas seharusnya dibuat batasan-batasannya yang jelas sebagaimana disusun sebagian besar Negara maju seperti Belanda, Amerika, Inggris maupun Australia sehingga partisipasi public dapat tersalurkan secara objektif.

Selama ini kepentingan umum dalam perkara pidana dipandang sama dengan kepentingan umum secara umum karena tidak pernah ada pedomannya. Sebagai contoh beberapa peraturan di Indonesia yang menyebut tentang *Public interest* adalah Instruksi Presiden Nomor 9/1973, Peraturan Pemerintah Nomor 36/2005, Keputusan Presiden Nomor 55/1993. Di dalam peraturan tersebut tidak ada sangkut pautnya dengan perkara pidana sehingga interpretasi sistematis dalam peraturan

16 Lorne Sossin, *Puzzle of Discretion*, 24 Can.J.L.& Soc. 301 2009

perundang-undangan tidak dapat memberikan jawaban atas makna Public Interest dalam perkara pidana. Oleh karena itu, penelitian untuk menentukan makna kepentingan umum dalam asas oportunitas sangatlah penting. Mengadopsi secara langsung dari Negara maju juga bukan jalan yang tepat karena karakteristik tiap Negara berbeda satu dengan lainnya. Namun, alangkah baiknya jika contoh yang sudah diterapkan di Negara maju tersebut sementara dijadikan acuan awal baik untuk diteliti lebih lanjut maupun dijadikan pedoman untuk mengukur makna kepentingan umum yang diterapkan di Indonesia. Alasan yang dapat diajukan adalah 1. Sifat dari pedoman mengenai *public interest* di Negara maju tersebut yang tidak mengikat 2. Untuk segera membatasi kekuasaan Jaksa Agung dalam mengkesampingkan perkara pidana yang terlalu besar dan tidak terukur. Lebih baik ada pedoman terlebih dahulu dalam menerapkan sesuatu dari pada menerapkan sesuatu tanpa pedoman sama sekali. Dengan menggunakan terlebih dahulu pedoman yang sudah diterapkan di Negara maju bukan berarti menutup makna kepentingan umum yang mungkin muncul dikemudian hari sejalan dengan perkembangan masyarakat, penelitian, praktik hukum dan kesadaran masyarakat. Bahkan dengan digunakannya pedoman untuk menentukan kepentingan umum sekaligus dapat mengakomodir masuknya nilai-nilai adat istiadat (kearifan lokal) bangsa dalam system hukum pidana Indonesia secara transparan dan objektif terkait penuntutan perkara pidana maupun penghentian perkara pidana melalui penerapan asas oportunitas yang selama ini terkesan eksklusif politis untuk mempertahankan regim yang berkuasa secara politis. Sudah waktunya untuk menempatkan asas oportunitas kepada kepentingan masyarakat Indonesia dan bukan kepentingan politik yang berorientasi kekuasaan. Konsep rule of law, negara demokratis dan kewenangan diskresi membuka peluang untuk dipergunakan bagi kelompok yang termarginalkan, *disadvantages* dan *poor* untuk memperoleh perlakuan yang adil dan bermartabat. Lebih jauh lagi harusnya mulai dipikirkan untuk menempatkan penghentian penuntutan dan menuntut perkara pidana sebagai kewenangan diskresi karena system peradilan pidana akan *collapse* jika harus mengadili semua perkara yang masuk. Asas oportunitas sebagai kewenangan Jaksa Agung yang diskresional sudah seharusnya diterapkan kepada masyarakat umum bukan hanya pada pejabat untuk membuka tabir diskriminasinya. Pajak masyarakat akan lebih banyak dihemat dan dialokasikan untuk kepentingan yang lebih tepat seperti biaya pendidikan, pengentasan kemiskinan ataupun biaya kesehatan dari pada membiayai system peradilan pidana yang tidak efektif. Bukankah terjadinya kejahatan dimasyarakat tidak terlepas dari faktor pendidikan yang rendah dan kemiskinan sebagai faktor eksternal yang sangat mempengaruhi dengan tidak menutup kemungkinan kejahatan dengan motivasi serakah dan kekuasaan. Selain

itu, banyak penelitian yang sudah dilakukan di Indonesia menunjukkan bahwa pemidanaan, terutama pada anak, bukanlah solusi yang tepat untuk mengurangi tingginya tingkat kejahatan di Indonesia. Belum lagi ditambah penjara-penjara yang ada di Indonesia yang dapat dikatakan tidak layak (syarat dengan pelanggaran HAM) karena terlalu *overcrowded* dan tidak didukung fasilitas yang manusiawi.

7. Simpulan

1. Kepentingan umum dalam mengesampingkan perkara pidana harusnya didefinisikan secara jelas namun tidak menutup kemungkinan untuk selalu diperbaharui agar sesuai dengan perkembangan masyarakat. Belajar dari system penuntutan di Belanda dan beberapa Negara common law menunjukkan bahwa dua system besar (common law-civil law) tersebut menganut penuntutan yang sifatnya diskresional pada titik tertentu dan untuk menjaga agar tidak disalahgunakan kewenangan tersebut dibuatlah panduan tentang apa yang dimaksud dengan kepentingan umum. Kelemahan yang mungkin muncul dengan adanya panduan tentang kepentingan umum adalah kepentingan umum yang tidak dimasukkan secara tegas tertulis dalam panduan tersebut mungkin kurang atau bahkan tidak dianggap ada. Namun selama aparat penegak hukum yang mengaplikasikan apa yang dimaksud kepentingan umum dalam pedoman, memahami tentang fleksibilitas adanya pedoman tersebut disesuaikan dengan perkembangan zaman maka hal tersebut seharusnya bukan menjadi permasalahan.
2. Selama belum ada definisi kepentingan umum tersebut, sebaiknya sebagai batasan petunjuk disarankan untuk menggunakan kriteria-kriteria kepentingan umum sebagai mana banyak dipakai dinegara maju yang disesuaikan secara rasional atas situasi bangsa dan Negara Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Corns dan Tudor, *Criminal Investigation and Procedure, The Law in Victoria*, Thomson Reuters, Australia, 2009

Fletcher, George P., *Some Unwise Reflections About Discretion*, 47Law & Contemp.Probs.273, 1984

Lorne Sossin, *Puzzle of Discretion*, 24 Can.J.L.& Soc. 301 2009

Rachman, Taufik, *Dasar Teori Kewenangan Penyidik maupun Penuntut Umum Dalam Menghentikan Perkara Pidana*, Jurnal Yuridika Universitas Airlangga, 2010

Tak, Peter J.P. *The Dutch Criminal Justice System*, Wolf Legal Publishers, Netherland, 2008

UU No.8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP)

UU No.16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia

KESEPAKATAN DENGAN SAKSI DALAM PROSES PIDANA KESEPAKATAN DENGAN SAKSI DALAM PERADILAN PIDANA BELANDA DAN PELAJARAN YANG MUNGKIN DAPAT DIPETIK OLEH INDONESIA

Jan Crijns

1. Pengantar

Sejak awal 1990-an di dalam penegakan hukum pidana (di-) Belanda terbuka peluang dibuatnya kesepakatan dengan saksi. Dengan itu dimaksud kesepakatan yang dibuat antara Kejaksuaan (*Openbaar Ministerie*) dengan saksi yang untuk atas imbalan tertentu, misalnya pengurangan hukuman, memberi kesaksian dalam kasus pidana di mana ia sendiri berkedudukan sebagai saksi sekaligus terdakwa. Pranata hukum atau instrumen kesepakatan ini akan selalu berkenaan dengan saksi yang sekaligus berkedudukan sebagai tersangka/terdakwa. Justru fakta ini menyulitkan penggunaan cara-cara lain yang biasa digunakan seperti penyanderaan (*gijzeling*) untuk memaksa saksi memberi pengakuan/keterangan. Karena orang demikian juga berkedudukan sebagai tersangka/terdakwa, maka tatkala diperiksa sebagai saksi untuk didengar keterangannya, ia memiliki hak ingkar atau diam, yaitu hak untuk tidak memberikan keterangan yang memberatkan dirinya sendiri. Orang-orang seperti itulah yang dapat dibujuk, dengan imbalan tertentu, untuk memberikan keterangan atau kesaksian melawan sesama tersangka/terdakwa lainnya. Dengan kata lain, melalui kesepakatan dengan saksi tertentu, saksi yang bersangkutan dapat didorong melangkah lebih jauh untuk memberikan keterangan (yang mengkriminalinasi diri sendiri), sesuatu yang kemungkinan besar tidak mungkin terjadi tanpa adanya kesepakatan tersebut.

Di dalam sistem penegakan hukum pidana Belanda, instrumen kesepakatan sebagaimana digambarkan di atas jarang digunakan.¹ Alasannya ialah karena secara faktual metoda demikian banyak pula sisi negatifnya. Integritas *Openbaar Ministerie* setiap kali dipertaruhkan bilamana lembaga ini justru tampak bekerjasama dengan mereka yang digolongkan sebagai kriminal. Juga ada keraguan yang beralasan untuk mengandalkan kesaksian yang diperoleh dari saksi yang diiming-imingi keuntungan tertentu di masa depan, padahal mereka sendiri juga disangka atau dicurigai sebagai pelaku kejahatan berat. Risiko terbesar dari kesepakatan dengan saksi/terdakwa, namun demikian, ada pada persoalan seberapa jauh kesaksian yang diberikan dapat dipercaya dan diandalkan: ditawarkannya imbalan sebagai bayaran memberi kesaksian sekaligus mendorong kita untuk mempertanyakan kebenaran/keandalan kesaksian yang diberikan. Mengingat keberatan di atas dan kritikan lainnya tampaknya pandangan umum yang berlaku ialah kita harus sangat berhati-hati dalam membuat kesepakatan dengan saksi mahkota. Keberatan-keberatan seperti digambarkan di atas – tidak terlalu mengherankan justru muncul dari kalangan ilmuwan dan advokat – kendati demikian tidak menghalangi ihtiar melegalisir pendayagunaan kesepakatan-kesepakatan demikian dalam proses peradilan pidana. Pembuat undang-undang kiranya memandang perlu adanya instrumen ini dalam kerangka pemberantasan/penanggulangan kejahatan terorganisir dan sebab itu pula mengembangkan landasan hukum yang memungkinkan penggunaannya. Landasan hukum formal tersebut setelah melalui proses panjang diundangkan pada 2005 dan diberlakukan sejak 1 april 2006.² Sebagaimana akan digambarkan di bawah, sebelum tanggal tersebut kesepakatan dengan saksi mahkota sudah kerap digunakan, satu dan lain karena diam-diam dibiarkan oleh *Hoge Raad*.

Dalam tulisan ini akan diberikan ulasan tentang peraturan perundang-undangan yang mengatur pembuatan kesepakatan dengan saksi(-saksi). Sekaligus akan dibahas pengalaman praktik berkenaan dengan implementasi ketentuan tersebut. Sekalipun masih terlalu dini untuk menarik kesimpulan definitif, sejak awal dapat dikonstatasi bahwa sampai dengan sekarang ini di Belanda – berbeda dengan yang terjadi di negara-negara Eropa Barat lainnya, khususnya Italia – pranata kesepakatan dengan

1 Dalam tulisan ini istilah “*afspraak*” (kesepakatan) dan “*overeenkomst*” (perjanjian) akan digunakan secara bergantian, tanpa sekaligus hendak mengubah maknanya. Berkenaan dengan persoalan apakah kesepakatan sebagaimana yang dibahas dalam tulisan ini juga dapat dikategorikan sebagai perjanjian, periksa J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden; dengan ringkasan dalam bahasa Inggris), Deventer: Kluwer 2010, hlm. 207-217.

2 Lihat Wet toeleggingen aan getuigen in strafzaken van 12 mei 2005, *Staatsblad* 2005, 254, mulai berlaku 1 april 2006.

saksi belum menunjukkan hasil yang menggembirakan. Kiranya menarik untuk menelaah apakah dan sejauh manakah ketidakberhasilan pranata ini terkait dengan persoalan bagaimana kesepakatan dengan saksi diatur di Belanda. Persoalan ini juga menjadi semakin menarik karena ternyata di Indonesia berkembang pemikiran bagaimana mengembangkan dan mendayagunakan pranata hukum tersebut dalam rangka pemberantasan tindak pidana korupsi.³ Maka itu pula, ulasan berikutnya tentang hukum Belanda seputar kesepakatan dengan saksi(-saksi) akan dilakukan dengan semangat mencari pelajaran apa yang dapat dipetik dalam rangka menyesuaikannya dengan situasi-kondisi Indonesia dan lebih jauh lagi kemungkinan pembuatan aturan serupa di masa depan di Indonesia.

Sebelum melangkah lebih jauh, dirasa perlu untuk memberikan pada pembaca pemahaman utuh tentang sejumlah gagasan dan peristilahan. Di dalam hukum pidana Belanda dibuat pembedaan tajam antara, pada satu pihak, perlindungan fisik dan faktual yang diberikan terhadap saksi (identitas baru, pengawalan/perlindungan personal, pemindahan saksi ke lingkungan baru (kediaman baru), dll.) dengan, pada lain pihak, kesepakatan dengan saksi(-saksi) dengan imbalan tertentu, misalnya dalam bentuk pengurangan hukuman dalam perkara pidana dari saksi sendiri. Tentu kedua konsep tersebut saling berkait berkelindan dan di dalam praktik juga terjadi perkelindanan itu; saksi yang mengadakan kesepakatan dengan jaksa (penuntut umum) untuk memberikan keterangan dengan imbalan tertentu dalam praktiknya kerap juga meminta pengawalan atau perlindungan fisik. Namun demikian, kedua konsep tersebut demi kejelasan analisis harus tetap dibedakan, satu dan lain, karena ihwal perlindungan fisik atau pengawalan juga muncul berkenaan dengan saksi yang tidak meminta imbalan tatkala mereka memberikan keterangan di muka persidangan. Sebaliknya, bagaimanapun juga tetap ada keniscayaan untuk memberikan perlindungan pada saksi-saksi demikian. Sekalipun ada korelasi nyata antara konsep kesepakatan dengan saksi, pada satu pihak, dengan, perlindungan saksi, pada lain pihak, pembuat undang-undang Belanda memutuskan memisahkan tegas keduanya. Alasan terpenting mengapa dibuat pemisahan tegas – di samping fakta yang disinggung di atas bahwa keduanya tidak serta merta digunakan bersamaan – adalah kehendak pembuat undang-undang untuk tidak menggantungkan sepenuhnya (keputusan untuk memberikan) perlindungan (fisik) saksi pada kesediaan saksi untuk memberikan dan menegaskan keterangan yang ia janjikan akan berikan. Uraian di bawah ini untuk bagian terbesar akan menelaah konsep kesepakatan dengan saksi (pemberian keterangan untuk mendapatkan imbalan tertentu). Di

3 Lihat Trimulyono Hendradi, *Securing protection and cooperation of witnesses and whistleblowers*, hlm. 68 (dapat diperoleh di: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P68-75.pdf).

bawah § 3.8 penulis akan kembali menelaah secara singkat peraturan tentang perlindungan (fisik) saksi.

Di bawah ini, penulis akan berikan dahulu gambaran singkat perihal perlindungan dan kerjasama dengan saksi di Indonesia. Selanjutnya di dalam § 3 akan diulas ketentuan yang berlaku di Belanda perihal kesepakatan dengan saksi. Kemudian di § 4 akan diberikan ulasan tentang pengalaman praktik berkaitan dengan implementasi ketentuan-ketentuan tersebut. Sebagai penutup di bawah § 5 sudut pandang akan kembali beralih pada Indonesia dengan menelaah pelajaran apa yang dapat dipetik dari perundang-undangan serta pengalaman Belanda berkenaan dengan kesepakatan dengan saksi, khususnya untuk mengembangkan ketentuan serupa di Indonesia.

2. Ketentuan yang berlaku di Indonesia berkenaan dengan perlindungan saksi

Sekalipun baru akhir-akhir ini di Indonesia persoalan bagaimana mengembangkan kerjasama lebih intensif dengan saksi dipikirkan dengan serius, sebenarnya hal itu bukan hal baru sama sekali. Sampai dengan sekarang, praktik pengembangan kerjasama dengan saksi dilandaskan pada UU 13/2006 tentang perlindungan saksi dan korban.⁴ Berlandaskan undang-undang ini dibentuklah lembaga khusus, LPSK (Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban). Sebagaimana diindikasikan namanya, tugas utama lembaga ini adalah menilai dan mempertimbangkan persoalan apakah saksi-saksi tertentu dan korban (tindak pidana) layak dan perlu mendapat perlindungan, dan bila demikian halnya, memfasilitasi pemberian perlindungan demikian. Tidaklah penting di sini dalam tahapan mana perkara sudah diproses: saksi dapat meminta dan memperoleh perlindungan (fisik) baik dalam tahapan penyidikan, penuntutan, persidangan bahkan setelah usainya proses persidangan pidana. Undang-undang tersebut sebaliknya tidak mengatur banyak ihwal kesepakatan dengan saksi untuk memberikan keterangan dengan imbalan tertentu. Hanya satu ketentuan yang mengatur hal tersebut. Ketentuan Pasal 10(2) menyatakan: '*A Witness who is also an offender in the same case cannot be released from any legal charges if he/she is proven legally and convincingly guilty; nevertheless, his/her testimony can be used by the judge as a consideration to lessen the sentence.*' (seorang saksi yang juga tersangka dalam kasus yang sama tidak dapat dibebaskan dari tuntutan pidana apabila ia ternyata terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah, tetapi kesaksianya dapat dijadikan pertimbangan hakim dalam meringankan pidana yang akan dijatuhkan). Dari rumusan ketentuan di atas dapat

4 Naskah undang-undang dalam bahasa Inggris dapat diperoleh di: <http://elsam.or.id/new/index.php?act=view&id=338&cat=c/601&lang=en>

disimpulkan bahwa seorang saksi – sebagai imbalan bagi pemberian keterangan sebagai saksi dalam perkara terdakwa lain – tidak dapat menuntut kekebalan hukum pidana (imunitas) dalam sidang perkaranya sendiri. Sebaliknya hakim tatkala menjatuhkan pidana dalam perkara pidana saksi/terdakwa demikian, dapat turut mempertimbangkan kontribusi positif terdakwa sebagai saksi dalam sidang pidana dengan terdakwa berbeda.⁵ Selanjutnya ketentuan Pasal 10(1) UU 13/2006 menetapkan: '*Witnesses, victims and people who report an offence should not be prosecuted on criminal or civil code on the report or testimony which they will give, are giving, or have given*', (saksi, korban, dan pelapor tidak dapat dituntut secara hukum baik pidana maupun perdata atas laporan, kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya), sedangkan selanjutnya ayat (3) menyatakan: '*Provision as stipulated in clause (1) are not applicable to Witnesses, Victims, and people who provide information without a good intention*' (ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat(1) tidak berlaku terhadap saksi, korban, dan pelapor yang memberikan keterangan tidak dengan itikad baik). Di dalam penjelasan undang-undang kita temukan keterangan bahwa '*giving information without a good intention*' dimengerti sebagai '*to give false information, false oath, and ill-intended agreement*' (yang dimaksud dengan "memberikan keterangan tidak dengan itikad baik" dalam ketentuan ini antara lain memberikan keterangan palsu, sumpah palsu, dan permufakatan jahat). Bagaimana sebenarnya ketentuan ayat (1) dan (3) di atas selanjutnya harus dimaknai tidak begitu jelas bagi penulis. Namun kiranya dapat diduga bahwa maksud pembuat undang-undang di sini ialah bahwa orang-orang tidak dapat diminta pertanggungjawaban pidana (sekadar) atas dasar keterangan yang mereka berikan sebagai saksi atau korban.

Sekalipun Undang-Undang 13/2006 dan pembentukan LPSK jelas besar pengaruhnya dalam perkembangan praktik pemberian perlindungan (fisik) oleh negara terhadap saksi-saksi yang betul membutuhkan perlindungan demikian,⁶ tidak semua persoalan serta merta tuntas. Satu persoalan penting terkait dengan fakta belum berjalannya mulus kerjasama antara LPSK dengan organ-organ penegakan hukum pidana yang sudah ada seperti kepolisian, kejaksaan dan hakim. Dapat terjadi bahwa saksi meminta bantuan perlindungan kepada polisi dan kemudian polisi tidak menghubungkan mereka dengan LPSK. Satu persoalan penting

5 Lihat Trimulyono Hendradi, *Securing protection and cooperation of witnesses and whistle-blowers*, hlm. 71 (dapat diperoleh di: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P68-75.pdf).

6 Demikian, maka pada 2008 dan 2009, jasa LPSK digunakan dalam total 84 perkara pidana. Lihat Trimulyono Hendradi, *Securing protection and cooperation of witnesses and whistle-blowers*, hlm. 71-72 (dapat diperoleh di: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P68-75.pdf).

lainnya ialah bahwa perundang-undangan yang ada tidak memberikan landasan hukum yang cukup jelas berkenaan dengan pemberian imbalan konkret bagi saksi yang bersedia memberikan keterangan. Sebagaimana telah disinggung di atas kiranya ketentuan Pasal 10(2) UU 13/2006 dapat memberikan landasan hukum bagi transaksi demikian, namun dalam praktik ternyata ketentuan tersebut tidak serta merta dapat diandalkan. Penyebab terpenting ketiadaan pegangan atau landasan hukum demikian ialah ketidakjelasan bagi pihak-pihak berkepentingan tentang apa yang sebenarnya dimaksud dengan saksi mahkota (*kroongetuige*) atau peniup peluit (*whistleblower*), khususnya berkaitan dengan persoalan apakah saksi (mahkota) tersebut akan atau harus juga berkedudukan sebagai terdakwa dalam sidang pemeriksaan perkara di mana ia memberi keterangan sebagai saksi.⁷ Berkennaan dengan persoalan-persoalan di atas, di Indonesia tidak terdapat cukup landasan hukum bagi penggunaan pranata kesepakatan dengan saksi(-saksi) yang juga berkedudukan sebagai tersangka/terdakwa tindak pidana (berat). Kekurangan di atas ternyata juga pada tataran politis diakui dan dianggap sebagai masalah. Alhasil akhir-akhir ini muncul wacana menyesuaikan UU 13/2006 sedemikian rupa sehingga di Indonesia juga tersedia landasan hukum kuat (perundang-undangan) bagi pembuatan kesepakatan dengan saksi (untuk memberi keterangan dengan imbalan).

3. Hukum Belanda tentang kesepakatan dengan saksi dalam perkara pidana⁸

3.1 Beberapa karakteristik utama hukum acara pidana Belanda

Sebelum kita menguraikan lebih lanjut aturan Belanda perihal kesepakatan dengan saksi, kiranya penting menjelaskan terlebih dahulu sejumlah karakter khusus proses pidana Belanda. Satu dan lain karena aspek-aspek khusus dari peraturan Belanda perihal kesepakatan dengan saksi hanya dapat dijelaskan dengan utuh bila kita bertitiktolak dari pemahaman karakteristik khusus hukum acara pidana Belanda. Hukum acara pidana Belanda adalah bagian dari tradisi (sistem hukum) Eropa-kontinenal (*civil law*) dan dapat digambarkan dengan tepat sebagai sistem inquisitor moderat. Hakim berkewajiban untuk secara mandiri/otonom mencari dan mengungkap kebenaran (materiil) dan tidak boleh secara pasif duduk di

⁷ Trimulyono Hendradi, *Securing protection and cooperation of witnesses and whistle-blowers*, hlm. 73 (diunduh dari: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P68-75.pdf).

⁸ Untuk uraian lebih lengkap perihal sejarah, cakupan dan muatan isi di Belanda yang mengatur kesepakatan dengan saksi lihat: J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden; dengan ringkasan dalam bahasa Inggris), Deventer: Kluwer 2010, hlm. 56-108. Uraian perihal ketentuan di Belanda untuk bagian terbesar diambil dari penelitian ini.

kursi mendengarkan bagaimana para pihak dalam perkara – *Openbaar Ministerie* (OM/kejaksaan) dan pembelaan – menguraikan duduk perkara dari sudut pandang mereka masing-masing. Konsekuensi kedua dari dianutnya sistem acara yang bersifat *inquisitoire* ialah kuatnya kedudukan dan posisi OM dalam setiap tahapan proses pemeriksaan perkara. OM tidak saja memimpin dan mengendalikan jalannya penyidikan, namun merupakan satu-satunya lembaga yang berwenang menetapkan apakah penuntutan akan dilanjutkan atau tidak. Dalam hal OM memutuskan untuk membawa perkara ke tingkat penuntutan, OM juga yang selanjutnya membuat (surat) dakwaan dan dengan demikian menetapkan ruang lingkup perkara yang dibawa kehadapan hakim. OM berhadapan dengan tindak pidana (relatif) ringan dapat menyelesaikan perkara secara mandiri di luar campurtangan hakim, misalnya dengan menawarkan transaksi (pengalihan: *diversion*) kepada tersangka atau menjatuhkan pidana (di luar pengadilan). Melandasi kewenangan memilih seperti diuraikan di atas, yakni antara menuntut atau tidak ialah asas oportunitas (*opportunitetsbeginsel; the principle of discretionary powers*). Konsekuensi logis dari prinsip ini ialah OM tidak berada dalam kedudukan memiliki kewajiban mutlak untuk melakukan penuntutan; atas dasar adanya ‘kepentingan umum’ (*gronden aan het algemeen belang ontleend*), OM juga berwenang untuk memutuskan melakukan *seponering* atau menyelesaikan kasus di luar pengadilan. Satu aspek penting lain berkaitan dengan tugas OM ialah OM tidak saja bertanggung jawab memajukan kepentingan umum, namun juga hak-hak korban maupun tersangka/terdakwa selama keseluruhan proses pemeriksaan pidana. Apa yang disebut terakhir sangat penting untuk digarisbawahi karena OM tidak boleh menempatkan diri dalam posisi berseberangan secara total dengan tersangka/terdakwa. Dengan kata lain, OM tidak saja harus memajukan kepentingan umum, namun setiap saat juga wajib memperhatikan hak-hak dan kepentingan tersangka/terdakwa. Lingkup kewenangan magistral dari OM (*magisterial capacity*) sebagaimana diuraikan di atas juga menjadi penting dalam kaitan dengan pembuatan kesepakatan dengan saksi. Sebabnya ialah bahwa dalam hal dibuatnya kesepakatan, OM setiap saat harus peduli dan melindungi hak-hak dan kepentingan dari saksi dengan siapa ia hendak membuat kesepakatan.

3.2 Ihtiar pembuatan aturan hukum perihal pembuatan kesepakatan dengan saksi

Sampai dengan awal tahun 1990-an abad lalu di Belanda hanya ada sedikit perhatian pada fenomena pembuatan kesepakatan dengan saksi. Situasi ini berubah total seiring meningkatnya keperluan untuk memberantas kejahatan skala besar atau yang terorganisir. Polisi dan yustisi dalam kerangka penanggulangan kejahatan-kejahatan demikian sering

berhadapan dengan saksi-saksi yang enggan memberikan kesaksian yang memberatkan atau melawan sesama tersangka/terdakwa. Sedangkan pada saat sama, saksi-saksi demikian yang memiliki hak ingkar atau hak untuk tidak memberikan kesaksian (*verschoningsrecht*), tidak dapat dipaksa memberikan kesaksian yang diperlukan. Untuk menembus kebuntuan ini, dipergunakan semakin kerap instrumen kesepakatan dengan saksi. Pada saat itu, sekalipun tidak (belum) tersedia perundang-undangan yang dapat memberikan landasan hukum bagi kesepakatan dengan saksi, OM berpendapat bahwa mereka bagaimanapun juga wenang melakukan hal tersebut. Alasannya ialah pandangan bahwa asas oportunitas (*the principle of discretionary powers*), sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 167(2) dan Pasal 242(2) dari *Wetboek van Strafvordering* (KUHAP Belanda), cukup memberikan landasan hukum untuk dibuatnya kesepakatan dengan saksi. Argumentasi demikian kemudian dikuatkan oleh *Hoge Raad*, satu dan lain, dengan secara implisit membiarkan dilakukannya kesepakatan-kesepakatan demikian dengan saksi. Sekalipun demikian, *Hoge Raad* pada saat sama juga berulang mengingatkan pembuat undang-undang akan kewajiban mereka untuk memberikan dan membuatkan landasan perundang-undangan khusus bagi praktik tersebut.⁹ Baru pada 2006, peraturan perundang-undangan demikian diberlakukan.¹⁰ Sejak itu, landasan perundang-undangan yang memungkinkan dibuatnya kesepakatan dengan saksi dapat kita temukan dalam ketentuan Pasal(-pasal) 226g sampai dengan 226l dari KUHAP Belanda. Sama pentingnya bagi legitimitas kesepakatan dengan saksi ialah Petunjuk Pelaksanaan Pembuatan Kesepakatan dengan Saksi dalam Perkara Pidana (*Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken*) yang diterbitkan Kejaksaan Agung (*College van procureurs-generaal*, organ tertinggi dari *Openbaar Ministerie*).¹¹ Dalam Petunjuk Pelaksanaan di atas – yang harus dianggap mengikat jaksa-penuntut umum – peraturan perundang-undangan perihal pembuatan kesepakatan dengan saksi diuraikan lebih lanjut dalam aturan-aturan yang lebih rinci. Hal ini serta merta berarti bahwa hakim berwenang menguji apakah jaksa-penuntut umum individual secara nyata bertindak selaras dengan aturan-aturan rinci yang termuat di dalam Petunjuk Pelaksanaan yang dikeluarkan Kejaksaan Agung, dan bila ternyata tidak demikian, hakim berwenang memutus bahwa kesepakatan yan dibuat dengan saksi melanggar hukum.

9 Lihat, antara lain, *Hoge Raad* 19 Maret 1996, *NJ* 1997, 59 dan *Hoge Raad* 30 Juni 1998, *NJ* 1998, 799.

10 Baca *Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken* tertanggal 12 Mei 2005, *Staatsblad* 2005, 254, mulai berlaku 1 April 2006.

11 Periksa *Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken* van 13 maart 2006, *Staatscourant* 2006, nr. 56, mulai berlaku 1 April 2006.

3.3 Dalam kasus seperti apa dapat ditawarkan kesepakatan dengan saksi

Telah disinggung di atas bahwa praktik peradilan Belanda sejak dahulu sangat berhati-hati dan tidak sembarang mendayagunakan peluang membuat kesepakatan dengan saksi. Kehati-hatian ini kemudian juga tercermin di dalam peraturan perundang-undangan terkait. Atas dasar ketentuan Pasal 226g(1) KUHAP Belanda, jaksa-penuntut umum berwenang untuk membuat kesepakatan demikian hanya bila berhadapan dengan kriminalitas berat, atau lebih konkretnya, 1) dalam hal adanya persangkaan (*verdenking*) dilakukan kejahatan yang diancam dengan sekurang-kurangnya 8 tahun penjara; 2) atau dalam hal adanya persangkaan dilakukannya kejahatan yang diancam dengan sekurang-kurangnya 4 tahun penjara dan yang diperbuat dalam ikatan atau jaringan yang terorganisir. Selanjutnya di sini perlu dirujuk atas subsidiaritas yang juga memainkan peran penting dalam peraturan perundang-undangan maupun yurisprudensi yang mendahuluinya tentang kesepakatan dengan saksi. Hanya bilamana semua upaya lainnya yang tersedia gagal atau dari awal sudah nyata bahwa semua upaya tersebut akan sia-sia, maka jaksa diperkenankan untuk mendayagunakan instrumen pembuatan kesepakatan tersebut. Pembatasan-pembatasan yang diuraikan di atas mencegah dibuatnya kesepakatan dengan saksi dalam kasus-kasus sederhana atau berkenaan dengan tindak pidana relatif ringan. Pada lain pihak, juga harus dicermati bahwa pembatasan yang dirumuskan perundang-undangan perihal pendayagunaan instrumen kesepakatan dengan saksi juga tidaklah begitu ketat; kasus pencurian sederhana menurut undang-undang diancam dengan pidana penjara empat tahun, sedangkan organisasi kriminal dalam kenyataan mungkin dibentuk oleh dua orang saja. Dengan kata lain, pembatasan yang diberikan undang-undang tidaklah harus ditafsirkan kaku. Pada akhirnya yang terpenting ialah bagaimana atas subsidiaritas diwujudkan sebagai panduan. Untuk setiap kasus berbeda, jaksa-penuntut umum harus dapat menjawab soal apakah nyata ada keniscayaan untuk mendayagunakan instrumen pembuatan kesepakatan dengan saksi. Hal mana harus dilakukannya sekaligus dengan mempertimbangkan sisi negatif yang melekat pada instrumen ini.

3.4 Opsi imbalan yang dapat ditawarkan pada saksi

Ada pembatasan penting berkenaan dengan imbalan apa yang dapat ditawarkan jaksa-penuntut umum kepada saksi yang diminta memberi keterangan. Beberapa dari pembatasan tersebut dalam kita temukan tercantum dalam peraturan perundang-undangan, sedangkan sebahagian lainnya dirumuskan di dalam Petunjuk Pelaksanaan dari

Kejaksaan Agung (*Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken*) yang disinggung di atas. Pembatasan terpenting ialah larangan untuk menawarkan imbalan imunitas (kekebalan) mutlak terhadap penuntutan pidana, dalam arti saksi kemudian tidak akan dituntut atas kejahatan terhadap mana ia berkedudukan sebagai tersangka. Pembatasan ini, dengan kata lain, berarti bahwa saksi dengan siapa jaksa-penuntut umum membuat kesepakatan bagaimana pun juga tetap akan dituntut atas tindak pidana yang disangkakan terhadapnya. Terutama situasi di atas oleh banyak saksi yang mempertimbangkan tawaran jaksa-penuntut umum untuk bekerjasama dipandang sebagai hambatan paling berat. Kiranya jelas bahwa peluang dan kesediaan untuk bekerjasama dengan jaksa-penuntut umum akan turut meningkat bilamana OM sebagai kontra-prestasi bagi saksi yang bersedia memberikan kesaksian memiliki kewenangan menawarkan kekebalan mutlak dari proses pidana. Opsi yang menjadi penting untuk dipikirkan, satu dan lain, karena sebenarnya OM tidak dapat menjamin bahwa pengurangan pidana yang dijanjikan oleh jaksa-penuntut umum akan benar terwujud. Karena kewenangan nyata untuk mengurangi pidana yang akan dijatuahkan mutlak ada pada hakim yang memeriksa perkara pidana di mana saksi sekaligus diperiksa sebagai terdakwa. Sekalipun hakim, dalam kasus-kasus di mana saksi memberikan kerjasamanya, umumnya bersedia memenuhi janji yang diberikan jaksa-penuntut umum, tidak dapat dipungkiri bahwa saksi/terdakwa untuk beberapa waktu tetap berada dalam keimbangan.

Pembatasan lain yang sama pentingnya sebagaimana termuat dalam peraturan perundang-undangan ialah bahwa tawaran pengurangan pidana dibatasi pada 50% dari pidana yang, tanpa adanya tawaran memberikan kesaksian, umumnya dituntut oleh jaksa-penuntut umum atas kejahatan tersebut. Demikian, bilamana biasanya untuk kasus-kasus serupa, jaksa-penuntut umum menuntut 16 tahun penjara, maka ia sebagai imbalan atas kesaksian yang diberikan hanya dapat menawarkan pengurangan hukuman sebanyak-banyaknya untuk 8 tahun. Menuntut pidana penjara yang sekadar simbolis – dalam kasus ini misalnya satu tahun – dalam rangka mengenyampingkan (menyelundupi) larangan menawarkan imunitas mutlak dari tuntutan pidana atas dasar alasan di atas karena itu mutlak tidak dibenarkan. Bila dibandingkan dengan sistem hukum (negara) lain yang memungkinkan penawaran imunitas (mutlak), maka sistem Belanda dapat dikatakan sangat kaku. Sebaliknya dimungkinkan untuk menawarkan imbalan dalam bentuk-bentuk lain kepada saksi demi kesediaannya memberikan kesaksian, misalnya tidak dituntutnya penyitaan keuntungan yang diperoleh secara melawan hukum sampai dengan (jumlah) maksimal 50%. Di samping itu juga, jaksa-penuntut umum dapat menawarkan imbalan-imbalan ringan lainnya, seperti pemindahan ke lembaga penitensier lain yang menerapkan

disiplin/tataterrib yang lebih lunak atau yang berada lebih dekat dengan tempat kediaman keluarga saksi.

Selanjutnya di dalam Petunjuk Pelaksanaan yang sudah disinggung di atas dapat kita temukan daftar imbalan atau keuntungan (yang melawan hukum) yang tidak boleh ditawarkan kepada saksi. Butir pertama sudah disebutkan di atas: larangan menawarkan/memberikan imunitas penuh dari tuntutan pidana. Juga dilarang menawarkan imbalan di masa depan yang secara materiil akan berakibat kekebalan dari tuntutan pidana, seperti janji tidak akan dilakukannya penyidikan-penuntutan atas masa lalu kriminal dari saksi. Selanjutnya yang disebutkan sebagai tawaran atau janji yang melawan hukum ialah janji-janji berkenaan dengan apa yang akan termuat sebagai tuntutan jaksa; tidaklah mungkin untuk dalam perundingan melakukan tawar-menawar iihwal tindak pidana manakah yang akan didakwakan atau dituntut dan mana yang akan dikeluarkan dari surat dakwaan/tuntutan tersebut. Di samping itu, sejak kasus-Karman yang terkenal juga jelas bahwa OM dilarang untuk menawarkan imbalan tidak akan mengeksekusi pidana perampasan kemerdekaan yang dijatuuhkan hakim. Janji demikian nyata bertentangan dengan pembagian kewenangan dan pengaturan tanggung jawab dalam keseluruhan proses peradilan pidana.¹² Dalam butir ke lima juga disebutkan bahwa imbalan finansial dilarang mutlak; jual beli keterangan saksi nyata-nyata perbuatan melawan hukum. Butir terakhir menyebutkan bahwa jaksa-penuntut umum tidak diperkenankan menjanjikan perlindungan fisik terhadap saksi, terkecuali berupa kesepakatan bahwa jaksa-penuntut umum yang bersangkutan akan menghubungkan saksi dengan pihak yang diberi kewenangan untuk itu (Dinas Perlindungan Saksi Kepolisian Nasional/ *Dienst getuigenbescherming van het Korps Landelijke Politiediensten*). Sebagaimana telah disebutkan di muka kiranya dianggap tidak bijak untuk mengaitkan perlindungan fisik saksi sepenuhnya terhadap pemenuhan janjinya untuk memberi keterangan di muka persidangan. Terutama karena sudah merupakan tugas penguasa untuk bagaimanapun juga bertanggung jawab atas keamanan saksi, terlepas dari soal apakah mereka memenuhi kesepakatan yang sebelumnya dibuat atau tidak.

Beranjak dari apa yang diuraikan di atas dapat dikatakan ada cukup banyak batasan yang mengatur kesepakatan yang dapat dibuat antara jaksa-penuntut umum dengan saksi. Sebaliknya cukup tersedia ruang gerak bagi jaksa-penuntut umum, yakni berangkat dari asas oportunitas (*the principle of discretionary powers*). Asas ini pula yang sebenarnya melingkupi keseluruhan aspek pelaksanaan tugas-tugas yang dipercayakan kepada jaksa-penuntut umum. Sepanjang ia mematuhi batasan yang ada, jaksa-penuntut umum bebas memutuskan imbalan apa

12 Lihat Hoge Raad 1 Juni 1999, NJ 1999, 567 (Karman).

yang akan ia tawarkan kepada saksi. Berkaitan dengan itu, satu-satunya batasan umum terpenting muncul dari asas proportionalitas. Pertama-tama haruslah ada proporsionalitas (kesebandingan) antara, pada satu pihak, kejahatan yang disangkakan terhadap saksi dengan, pada lain pihak, kejahatan yang dengan bantuan keterangan yang diberikan saksi tersebut dapat dituntut serta dituntaskan dengan baik. Dengan kata lain, kesepakatan dengan saksi kiranya hanya layak dipertimbangkan untuk dibuat apabila yang dihadapi adalah kasus-kasus yang relatif besar dan penting. Di samping itu juga hanya dengan saksi-saksi yang untuk dirinya sendiri hanya diancam dengan tindak pidana yang relatif ringan (digambarkan pula dengan logika ‘ikan besar, ikan/umpang kecil’). Berikutnya, juga harus ada kesepadan (proportionalitas) antara, pada satu pihak, bobot imbalan yang akan diberikan di masa depan dengan, pada lain pihak, seberapa perlunya mendapatkan keterangan saksi untuk dapat menjaring terdakwa lainnya. Dengan kata lain, imbalan yang ditawarkan harus berdayaguna.

3.5 Kewajiban saksi

Selanjutnya kita akan bahas kewajiban apakah yang mengikat saksi beranjak dari kesepakatan yang dibuat. Tentunya, saksi harus memberikan kesaksian, namun kapan, bagaimana dan tentang apa? Berkennaan dengan pertanyaan pertama, saksi baik dalam pemeriksaan pra-persidangan berhadapan dengan hakim-komisaris maupun tatkala masuk tahapan pemeriksaan dalam persidangan, sudah harus memberikan kesaksiannya. Di sini penting bahwa saksi tegas menyatakan bahwa ia untuk dan atas namanya sendiri – jadi bukan anonim – memberikan keterangan atas dasar kesepakatan dengan jaksa-penuntut umum (Pasal 226j (2) KUHAP Belanda). Identitas dari saksi, dengan demikian, diketahui oleh semua pihak dalam persidangan pidana. Mengingat adanya persoalan yang berkaitan dengan penentuan validitas (tingkat kebenaran dan keterandalan) dari kesaksian yang diberikan dalam kesepakatan demikian, pembuat undang-undang beranggapan bahwa status saksi anonim tidak boleh disatukan dengan saksi yang memberikan kesaksian atas dasar kesepakatan dengan jaksa-penuntut umum. Pilihannya adalah: atau anonimitas atau imbalan. Ini membawa implikasi pula bahwa – jika betul diperlukan – dapat ditawarkan dan harus diambil tindakan yang diperlukan untuk melindungi saksi demikian.¹³

Berkennaan dengan pertanyaan seberapa jauh saksi harus memberikan keterangan, pertama-tama harus dirujuk fakta bahwa saksi serta merta tidak dapat menuntut hak ingkar/diam, yakni dalam kaitan dengan risiko ia akan mengkriminalisasi dirinya sendiri melalui kesaksiannya sendiri.

13 Tentang ini lihat lebih lanjut uraian dalam § 3.8.

Saksi ‘biasa’ dalam situasi tertentu dapat saja menuntut pemenuhan hak tersebut. Sebaliknya saksi yang telah membuat kesepakatan dengan jaksa-penuntut umum tidak lagi dapat menggunakan hak ingkar/diam tersebut. Setidak-tidaknya ia dianggap melepaskan haknya tersebut tatkala bersepakat dengan jaksa-penuntut umum. Ini kiranya harus dianggap wajar; kiranya tidak masuk akal membuat kesepakatan dengan saksi, jika kemudian – mempertimbangkan imbalan yang ditawarkan – saksi memilih menggunakan hak ingkarnya. Terlepas dari situasi-kondisi khusus, dapat dikatakan bahwa saksi yang sudah bersepakat dengan jaksa-penuntut umum setiap kali wajib memberikan kesaksian atau keterangan, juga bilamana ia kemudian melalui kesaksianya tersebut mengkriminalisasi dirinya sendiri. Maka sebelum dibuatnya kesepakatan harus dibuka dan diketahui riwayat kriminalitas saksi, sedemikian sehingga jaksa-penuntut umum dapat menilai apakah saksi tertentu layak atau tidak mendapatkan tawaran memberikan kesaksian dengan imbalan.

3.6 Prosedur atau tata cara

Bagaimana kesepakatan dengan saksi harus diwujudkan diuraikan dengan rinci di dalam Petunjuk Pelaksaaan dari OM (*Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken*). Satu aspek terpenting dari prosedur yang harus ditempuh berkenaan dengan tahap pengujian kesepakatan yang dibuat antara saksi dengan OM oleh hakim. Hakim komisaris dalam tahapan ini akan memeriksa dan menguji tidak saja keabsahan (*rechtmatigheid*) dari imbalan yang ditawarkan melainkan juga seberapa jauh saksi dan keterangannya dapat diandalkan dan dipercaya (Pasal 226h(3) KUHAP Belanda). Hanya bilamana hakim komisaris telah memutus keabsahan kesepakatan dengan saksi dan menyatakan bahwa keterangan saksi layak dipercaya, maka kesepakatan boleh diwujudkan. Ini merupakan satu aspek penting dalam peraturan tentang kesepakatan dengan saksi di Belanda yang dimaksudkan untuk, sampai tingkat tertentu, menjamin dan memastikan bahwa proses peradilan pidana hanya akan menggunakan kesepakatan-kesepakatan dengan saksi yang sudah dinyatakan absah (*rechtmatig*). Kendati begitu, diloloskannya kesepakatan demikian oleh hakim komisaris tidak sekaligus menghilangkan kewenangan majelis hakim dalam persidangan perkara yang bersangkutan untuk kembali menguji tidak saja keabsahan kesepakatan yang dibuat dengan saksi namun juga seberapa jauh keterangan demikian dapat diandalkan. Majelis hakim bahkan tidak terikat pada putusan terdahulu dari hakim komisaris. Hal mana berarti bahwa majelis hakim dapat memutuskan berbeda dan menyatakan kesepakatan yang sebelumnya diloloskan hakim komisaris sebagai tidak absah atau melawan hukum (*onrechtmatig*). Bahkan juga hakim yang memeriksa saksi dalam perkaranya sendiri sebagai terdakwa berwenang untuk memeriksa dan memutus keabsahan kesepakatan yang

dibuat serta bagaimana kesepakatan tersebut kemudian diwujudkan. Lagipula, ia-lah yang sebagai hakim yang harus memutus apakah saksi/terdakwa pantas/tidak mendapatkan pengurangan hukuman. Demikian, maka tiga hakim berbeda secara mandiri memiliki kewenangan menguji – tanpa terikat putusan terdahulu – tidak saja keabsahan kesepakatan yang dibuat dengan saksi melainkan juga bagaimana kesepakatan tersebut dilaksanakan. Tiga tahapan pengujian bertingkat demikian, setidak-tidaknya, dari sudut pandang teori, memunculkan situasi rumit di mana tiga hakim berbeda bisa saja menerbitkan tiga putusan berbeda tentang persoalan yang sama. Kendati begitu, bagi penulis, persoalan di atas hanya muncul pada tataran teoretis; dalam sejarah singkat praktik pembuatan kesepakatan dengan saksi di Belanda, pertimbangan hakim paling akhir perihal ketidakabsahan kesepakatan dengan saksi pada akhirnya selalu lolos dari pengujian dan kritik dari hakim-hakim sebelumnya (yang memutus berbeda).

3.7 Tidak dipenuhi/dilanggarinya kesepakatan

Tentu dapat terjadi saksi tidak atau tidak sepenuhnya memenuhi apa yang telah disepakatinya dengan jaksa-penuntut umum, yakni dengan menolak memberikan keterangan yang telah disepakati akan diberikannya dihadapan persidangan. Situasi seperti demikian dapat ditanggapi dengan dua cara. Cara pertama yang termudah ialah untuk dalam hal adanya penolakan serta merta membatalkan kesepakatan. Jika saksi menolak memberikan keterangan yang telah ia sepakati berikan, maka sebaliknya jaksa-penuntut umum juga dapat menolak memberikan imbalan yang diperjanjikan. Dalam kebanyakan kasus ini berarti bahwa saksi dalam sidang pemeriksaan dirinya sendiri sebagai terdakwa tidak akan memperoleh pengurangan hukuman yang dijanjikan. Cara kedua yang terbuka untuk menanggapi situasi di atas ialah dengan menuntut saksi atas perbuatannya melanggar kesepakatan. Di dalam KUHP Belanda sejak 2006 dapat kita temukan ketentuan pidana baru (Pasal 192(2)): ‘saksi yang, bertentangan dan dengan melanggar kesepakatan terdahulu yang dibuat dengan jaksa-penuntut umum, menolak memberikan keterangan yang diperjanjikan, dapat dikenakan pidana penjara selama-lamanya satu (1) tahun.’ Ketentuan ini kiranya mengantisipasi situasi saksi sudah menikmati pengurangan hukuman, sedangkan cara pertama tidak lagi dapat digunakan. Namun demikian, hal ini tidak berarti bahwa undang-undang menghalangi penggunaan cara kedua juga ketika pilihan pertama sebenarnya masih terbuka. Mengingat bahwa sampai dengan sekarang (di-) Belanda sendiri belum banyak terjadi kasus saksi ingkar janji, maka tidak banyak yang dapat dikatakan perihal pilihan manakah yang paling baik sebagai reaksi terhadap munculnya situasi yang digambarkan di atas.

Sebaliknya dapat dikatakan bahwa ancaman pidana penjara satu tahun bagi saksi yang ingkar janji kiranya tidak atau kurang memiliki daya preventif, terutama bila saksi sudah mendapatkan apa yang ditawarkan: pengurangan masa hukuman. Karena itu pula penting untuk mengatur urutan rangkaian persidangan yang kait mengait sedemikian rupa sehingga saksi baru akan mendapatkan imbalan pengurangan hukuman setelah ia memenuhi kewajibannya (dibaca: setelah ia memberikan keterangan dihadapan sidang). Bila strategi demikian diabaikan atau dikesampingkan, muncul risiko nyata jaksa-penuntut umum tidak mendapatkan apa yang diperjanjikan.

3.8 *Perlindungan saksi*

Sebagaimana telah disinggung di atas, saksi yang memberikan kesaksian atas dasar imbalan tertentu tidak dapat berlindung di balik anonimitas. Maka itu muncul keniscayaan memberikan perlindungan fisik bagi saksi demikian. Di Belanda perlindungan demikian diatur dan difasilitasi oleh *Dienst getuigenbescherming van het Korps Landelijke Politiediensten* (Dinas Perlindungan Saksi Kepolisian Nasional). Dinas ini dapat kita perbandingkan dengan Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK). Seketika jaksa-penuntut umum berunding dengan saksi perihal kemungkinan mempertukarkan kesaksian dengan imbalan tertentu, ia juga berkewajiban menyampaikan laporan kepada Dinas Perlindungan Saksi agar lembaga ini dapat menilai apakah dan seberapa jauh saksi demikian membutuhkan perlindungan fisik (Pasal 226*l* KUHAP Belanda). Bilamana kemudian diputuskan bahwa perlindungan tersebut nyata diperlukan, Dinas Perlindungan Saksi akan menutup kesepakatan terpisah dengan saksi. Di dalam kesepakatan ini akan diatur syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan perihal pemberian perlindungan (fisik) saksi (dan kadangkala diperluas pula untuk mencakup anggota keluarganya). Bagaimana perlindungan demikian faktual diwujudkan bersifat rahasia, namun berkisar dari pemberian identitas baru atau profil baru sampai dengan pemindahan tempat kediaman ke kota berbeda bahkan ke luar negeri. Beranjak dari pemisahan kesepakatan dengan saksi dari pranata hukum perlindungan saksi, maka kesepakatan untuk memberikan perlindungan harus dipisahkan mutlak dari kesepakatan yang dibuat saksi dengan jaksa-penuntut umum, yaitu untuk memberikan keterangan dengan mendapatkan imbalan tertentu. Sebagaimana perlu kembali ditegaskan, kedua pranata hukum di atas memunculkan kesepakatan yang berbeda, dengan pihak-pihak yang berbeda, dan dengan maksud-tujuan serta akibat hukum yang jauh berbeda pula.¹⁴ Ini berimplikasi bahwa tidak dipenuhinya salah satu dari kesepakatan di atas oleh pihak-pihak terkait

14 Periksa (putusan) Rechtbank Amsterdam 27 april 2010, *LJN BM2493*.

tidak serta merta berdampak terhadap pemenuhan kewajiban yang termuat dalam perjanjian lainnya.

4. Pengalaman Belanda dengan pembuatan kesepakatan dengan saksi

Ketentuan-ketentuan di atas perihal pengaturan kesepakatan dengan saksi di Belanda sejak 1 april 2006 mulai berlaku dan memiliki kekuatan mengikat. Sebagaimana juga telah diutarakan sebelumnya, jauh sebelum tanggal tersebut sudah dikenal praktik pembuatan kesepakatan dengan saksi, untuk sebahagian dilaksanakan dengan mengikuti ketentuan-ketentuan yang kemudian dikembangkan dan dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan. Dalam artian tersebut dapat dikatakan bahwa kerangka normatif bagi kesepakatan dengan saksi setidaknya di Belanda sudah ada jauh sebelum munculnya peraturan perundang-undangan terkait. Sebab itu pula dapat ditarik dari pengalaman praktik sejumlah kesimpulan yang dapat dipertanggungjawabkan. Pertama-tama dapat dikatakan bahwa dibuatkannya landasan hukum bagi praktik pembuatan kesepakatan dengan saksi tidak serta-merta mengakibatkan meningkatnya secara kuantitatif pendayagunaan instrumen ini. Mereka yang berkeberatan terhadap pendayagunaan instrumen ini, terutama yang mencemaskan peningkatan pesat dan penyalahgunaan pembuatan kesepakatan dengan saksi, karena itu sebenarnya tidak perlu kuatir. Pada saat sama perlu dicermati bahwa dalam kasus-kasus di mana dibuat kesepakatan dengan saksi, hal tersebut tidak otomatis membawa hasil yang diharapkan. Tentu dapat diajukan sejumlah contoh kasus-kasus lain di mana keduabelah pihak memenuhi kewajiban mereka di bawah kesepakatan yang dibuat dan keterangan saksi nyata berkontribusi positif terhadap penuntasan sidang pidana terdakwa(-terdakwa) lainnya. Kendati begitu pada saat sama juga kita temukan kasus-kasus lainnya di mana kesepakatan justru memunculkan masalah-masalah lain. Misalnya saksi yang ‘mengkhianati’ mitra kriminalnya, justru karena “bersalah” bekerjasama dengan aparat penegak hukum menjadi sasaran pembunuhan.¹⁵ Juga muncul persoalan dengan saksi-saksi yang kemudian di persidangan ingkar janji dan dengan cara itu menghambat penyelesaian kasus pidana. Contoh dari saksi demikian ialah saksi mahkota, Peter La S., yang karena tidak puas terhadap cara bagaimana perlindungan fisik yang diperjanjikan diwujudkan menolak memberikan keterangan yang ia janjikan di persidangan. Ia juga beberapa kali mengancam membatalkan seluruh kesepakatan dan menolak bekerja sama dengan OM.¹⁶ Antara

15 Baca lebih lanjut Hoge Raad 6 April 1999, NJ 1999, 565 en 566 (Theo R. en Johan V.).

16 Perihal putusan sela dalam kasus ini periksa Rechtbank Amsterdam 27 April 2010, LJN BM2493.

lain karena kurangnya kerja sama dari saksi mahkota ini, proses pidana di mana ia berkedudukan sebagai terdakwa, menjadi berkepanjangan dan sudah berlangsung lebih dari tiga tahun, tanpa ada kepastian kapan akan dituntaskan dengan putusan akhir. Pelajaran terpenting yang dapat dipetik dari kasus pidana di atas, namun demikian, ialah fakta bahwa kesepakatan antara saksi dengan OM berkenaan dengan pemberian keterangan atas dasar imbalan sekalipun dari sudut pandang hukum dapat ditelaah terlepas dari kesepakatan antara saksi dengan Dinas Perlindungan Saksi perihal pemberian perlindungan fisik, ternyata oleh saksi dipandang sama atau saling berkelindan. Saksi yang tidak puas dengan cara bagaimana perlindungan diberikan akan dengan mudah menunjukkan ketidakpuasannya tersebut dengan wujud menolak memberi keterangan yang diperjanjikan.

5. Pelajaran yang mungkin dipetik oleh Indonesia

Sekalipun di Belanda pranata hukum kesepakatan dengan saksi jarang digunakan, dari pengalaman praktik yang sedikit di atas tetap dapat dipetik sejumlah pelajaran bagi pembuatan peraturan tentang itu di Indonesia. Pertama-tama perlu dicermati bahwa pranata hukum kesepakatan dengan saksi tidak niscaya terkait dengan sistem hukum *common law* yang memberikan kepada jaksa-penuntut umum keleluasaan untuk menyelesaikan perkara pidana melalui *plea bargaining*. Instrumen kesepakatan dengan saksi ternyata juga dapat berfungsi dalam sistem *civil law* seperti di Belanda. Namun demikian perlu pula dicermati bahwa sejumlah karakter khas sistem peradilan pidana Belanda besar pengaruhnya terhadap bagaimana pembuatan kesepakatan dengan saksi diatur di dalam perundang-undangan. Karena *plea bargaining* tidak dikenal dalam sistem Belanda, setidaknya dalam bentuk sebagaimana instrumen ini berfungsi dalam sistem hukum anglo-saxon, di Belanda kita temukan pembatasan yang diberlakukan terhadap jaksa-penuntut umum berkenaan dengan imbalan apa yang dapat ditawarkan pada saksi. Pembatasan demikian kiranya berpengaruh terhadap kesediaan saksi yang sedang menimbang-nimba apakah ia akan bekerjasama dengan yustisi atau tidak. Pada lain pihak, pembatasan tersebut juga mencegah diberikannya keterangan oleh saksi yang semata-mata bertujuan menyelamatkan dirinya sendiri. Dengan membuat pilihan imbalan tidak terlalu menarik sekaligus hendak dicegah penyalahgunaan instrumen ini oleh saksi-saksi yang sebenarnya hanya mencari keuntungan demi dirinya sendiri. Lebih jauh lagi, dengan membatasi imbalan yang dapat diberikan hendak pula dicegah diberikannya keterangan yang tidak dapat diandalkan. Semakin tinggi imbalan yang ditawarkan, meningkat pula risiko saksi memberikan keterangan apapun sekadar untuk memastikan diterimanya imbalan yang

dijanjikan.¹⁷

Satu aspek lain dari pengaturan Belanda tentang kesepakatan dengan saksi ialah kenyataan OM tidak dapat menjamin bahwa pengurangan hukuman yang diperjanjikan betul akan terwujud dalam putusan akhir hakim. Ketidakpastian (relatif) tersebut merupakan satu kendala utama yang kiranya menghalangi saksi untuk menerima kesepakatan yang ditawarkan. Kendati demikian, pembatasan ini tidak dapat dihindari satu dan lain karena dalam sistem peradilan pidana Belanda, jaksa-penuntut umum hanya berwenang mengajukan usulan tentang hukuman yang sepantasnya dijatuhkan. Adalah tugas dan tanggung jawab hakim untuk dalam putusan akhir memutus hukuman apa yang harus dijalani terdakwa/terpidana. Pada lain pihak, kita tidak boleh berlebihan menilai ketidakpastian tersebut: pengalaman praktik menunjukkan bahwa hakim umumnya menghormati inisiatif jaksa-penuntut umum untuk mengurangkan (tuntutan) hukuman sebagai imbalan bagi keterangan saksi. Lagipula seperti yang terjadi di Belanda, juga dalam negara-negara dengan sistem hukum *anglo-saxon* yang mengenal instrumen *plea bargaining*, kesepakatan yang dibuat antara terdakwa dengan OM tetap harus diperiksa, diuji dan dikukuhkan oleh hakim. Dengan kata lain, juga dalam sistem *common law* kita tenggarai adanya ketergantungan pemanfaatan kesepakatan dengan saksi pada persetujuan hakim.

Aspek ketiga terpenting dalam peraturan Belanda perihal kesepakatan dengan saksi ialah diujinya terlebih dahulu keabsahan kesepakatan dengan saksi oleh hakim komisaris. Pada satu pihak, prosedur ini dapat dipandang sebagai hambatan yang tidak perlu dan memakan waktu, namun pada lain pihak, proses ini dapat mencegah dibuatnya kesepakatan-kesepakatan yang melawan hukum dengan segala dampak negatifnya, seperti tidak dapat digunakannya bukti-bukti yang diperoleh secara melawan hukum. Lebih lagi, pengawasan oleh hakim di atas juga berfungsi untuk memberi kesempatan pada pihak ketiga (hakim) untuk menilai dan menguji seberapa jauh saksi dan keterangan yang akan diberikan dapat dipercaya dan diandalkan. Kiranya prosedur ini juga memiliki fungsi preventif; prapengujian keabsahan kesepakatan dengan OM yang dilakukan oleh hakim (komisaris) mencegah jaksa-penuntut umum yang terlalu bersemangat memberantas kejahatan terorganisir untuk serampangan membuat kesepakatan dengan saksi-saksi yang kurang dapat dipercaya.

Pelajaran terakhir yang dapat dipetik beranjak dari pengalaman Belanda ialah fakta bahwa kesepakatan dengan saksi untuk memberi kete-

¹⁷ Kemungkinan munculnya risiko ini juga diakui di Indonesia. Hal mana muncul dari pernyataan Harkristuti Harkrisnowo, sebagaimana dikutip oleh Trimulyono Hendradi, *Securing protection and cooperation of witnesses and whistle-blowers*, hlm. 73 (te raadplegen via: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_GG4_Seminar/Fourth_GGSeminar_P68-75.pdf).

rangan dengan imbalan tertentu ternyata tidak dapat dipandang lepas dari kesepakatan perihal pemberian perlindungan fisik (atas keamanan) saksi. Sebagaimana telah disinggung di muka, di dalam sistem Belanda dikenal dua kesepakatan berbeda, masing-masing dengan pihak yang berbeda-beda, dengan latar belakang kepentingan yang berbeda serta akibat hukum yang berbeda pula. Sekalipun demikian, saksi/terdakwa cenderung memandang kedua kesepakatan tersebut sebagai saling kait mengait, karena ia secara wajar tidak akan bersedia memberikan keterangan yang diperlukan jaksa-penuntut umum selama keamanan fisiknya tidak terjamin. Pengalaman Belanda menunjukkan bahwa seketika muncul masalah dalam pemberian perlindungan fisik terhadap saksi (atau keluarganya), hal ini berdampak terhadap kesediaan saksi memberikan keterangan. Kedua bentuk kesepakatan atau perjanjian tersebut sekalipun secara formal berbeda satu dan lain, namun dari substansinya justru berkorelasi satu sama lain – terutama dari sudut pandang saksi. Kendati begitu, hal ini tidak serta merta berarti bahwa keduanya dapat disatukan begitu saja dalam satu kesepakatan. Bila hal itu dilakukan, maka perlindungan fisik dari saksi sepenuhnya dibuat tergantung pada kesediaannya memenuhi kewajibannya di bawah perjanjian dan memberikan keterangan yang diperjanjikan. Bila ia tidak memenuhi kewajibannya tersebut, maka dalam skenario di atas ia akan sekaligus kehilangan haknya untuk menikmati perlindungan fisik dari negara, hal mana dengan mudah memunculkan situasi yang tidak diinginkan. Selanjutnya juga dapat dipersoalkan apakah, dari sudut pandang hak asasi manusia, skenario demikian diperbolehkan, terutama mengingat kenyataan bahwa negara/penguasa (Belanda) – juga dengan mempertimbangkan hak atas hidup yang dirumuskan dalam ketentuan Pasal 2 Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (*Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*) – secara umum bertanggung jawab atas keamanan dan keselamatan saksi dalam kasus-kasus pidana. Kewajiban ini harus dimaknai terlepas dari persoalan apakah saksi demikian mengikatkan diri pada suatu perjanjian dengan OM serta juga terlepas dari kenyataan apakah saksi tersebut memenuhi kesepakatan yang dibuat atau tidak.

6. Penutup

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa dalam situasi-kondisi tertentu pembuatan kesepakatan dengan saksi akan bermanfaat, khususnya dalam ihtiar pemberantasan kejahatan terorganisir. Namun demikian, pada saat sama juga harus diakui pada instrumen demikian melekat sejumlah kelemahan mendasar, satu yang terpenting ialah keandalan informasi yang diberikan dan seberapa jauh kita dapat mempercayai saksi tersebut. Karena itu pula instrumen kesepakatan

dengan saksi harus dicermati dengan hati-hati bahkan dengan kecurigaan yang layak, dan tidak serta merta dianggap obat mujarab. Justru kecurigaan demikianlah yang melatarbelakangi keengganan pembuat undang-undang untuk serta merta melegitimasi praktik pembuatan kesepakatan dengan saksi. Pada lain pihak, adalah juga keengganan demikian yang melatarbelakangi pencakupan batasan-batasan ketat dalam rangka mencegah pendayagunaan instrumen tersebut secara serampangan di dalam perundang-undangan. Batasan-batasan terpenting di sini berkenaan dengan imbalan yang dapat ditawarkan dan pengujian keabsahan dari kesepakatan yang dibuat. Persoalan aspek-aspek manakah dari perundang-undangan Belanda yang bermanfaat bagi pengembangan ketentuan serupa di Indonesia sepenuhnya tergantung pada situasi-kondisi khusus dari Indonesia sendiri yang dalam beberapa hal jauh berbeda dengan Belanda. Perbedaan mendasar ialah fakta bahwa di Belanda kesepakatan dengan saksi dibuat berkaitan dengan iktiar perang melawan kejahatan terorganisir (narkotika dan obat-obatan terlarang) serta memutus mata rantai jaringan kejahatan. Di Indonesia, sebaliknya, latar belakang ikhtiar pendayagunaan instrumen serupa lebih tertuju pada upaya pemberantasan korupsi. Sekalipun demikian, perbedaan dalam konteks pendayagunaannya di atas tidak serta merta menutup kemungkinan bagi Indonesia untuk memetik pelajaran berharga dari pengalaman Belanda, baik yang positif maupun negatif berkenaan dengan pendayagunaan instrumen kesepakatan dengan saksi.

PERLINDUNGAN SAKSI DI INDONESIA: TINJAUAN HUKUM PIDANA TERHADAP KEDUDUKAN WHISTLEBLOWER

Siradj Okta

1. Mengapa perlu perlindungan saksi?

1.1. *Peranan saksi dalam sistem peradilan pidana*

Seluruh pihak yang terlibat dalam pengadilan berhak atas penghormatan privasi dan keamanan dan tidak dapat menjadi subjek atas perlakuan yang merendahkan martabat.¹ Sehubungan dengan mandat ini, maka pengadilan memiliki kepentingan yang lebih luas. Pada konsep pengadilan tradisional, fokus diberikan kepada terdakwa ketika pengadilan harus menerapkan asas praduga tak bersalah kepada terdakwa. Perluasan mandat pengadilan mengarah kepada kepentingan pengadilan untuk melindungi saksi dan korban. Sebagai pihak yang akan terlibat dalam proses di dalam pengadilan, maka saksi dan korban juga harus mendapatkan perlindungan atas privasi dan keamanannya.²

Keterangan saksi memiliki peran yang sangat penting dalam pembuktian. Saksi dapat dikatakan sebagai alat bukti terpenting. Sulit sekali menegakkan dakwaan tanpa kesaksian, walaupun terdapat alat bukti lain yang saling mendukung dalam suatu kasus. Awal suatu perkara pidana, pada dasarnya dibagi menjadi dua bagian besar, yaitu penyelidikan dan penyidikan. Penyelidikan dimulai ketika diketahui telah terjadi suatu peristiwa hukum. Atas pengetahuan tersebut, kemudian dilakukanlah serangkaian tindakan untuk menentukan keberadaan tindak pidana di dalam peristiwa hukum tersebut. Pada umumnya, penyelidikan dimulai atas peristiwa hukum yang dilaporkan atau diadukan seseorang. Pelapor tadi pada bagiannya nanti akan menjadi saksi. Sehingga saksi memang

1 Pasal 6 dan 8 Konvensi HAM Eropa.

2 Jenny McEwan, *The Testimony of Vulnerable Victims and Witnesses in Criminal Proceedings in the European Union*, ERA Forum (2009) 10: 369–386.

senantiasa ada dalam setiap perkara pidana. Yang menjadi masalah adalah ketika saksi tadi tidak bersedia memberikan keterangan. Hal ini akan membuat nalar penelusuran perkara pidana rusak, dan hampir dipastikan pemidanaan tidak dapat dijatuhkan.

1.2. *Sejarah singkat perlindungan saksi*

Pada 1970-an, Amerika Serikat berusaha membongkar kejahatan terorganisasi yang dilakukan oleh mafia Italia. Namun, dalam dunia mafia Italia terdapat sumpah diam (*code of silence*) atau yang dikenal dengan istilah *omerta*. Sumpah tersebut merupakan peraturan tidak tertulis yang berlaku di kalangan mafia Italia untuk tetap diam dan tidak membongkar keberadaan kelompok mafia kepada siapapun. Begitu kuatnya *omerta* sehingga mengancam nyawa siapapun yang melanggar sumpah tersebut dan bekerjasama dengan polisi. Saksi penting tidak dapat dibujuk dan cenderung menghilang. Pengalaman inilah yang kemudian mendorong Departemen Hukum Amerika Serikat untuk melembagakan suatu program perlindungan saksi.³

Orang yang pertama kali melanggar *omerta* dari mafia Italia di Amerika Serikat adalah Joseph Valachi.⁴ Ia memberikan kesaksian tentang struktur mafia dan kejahatan terorganisasi kepada Komis Kongres Amerika Serikat pada tahun 1963. Kerjasama yang ia lakukan tersebut didorong oleh rasa takut akan dibunuh oleh pimpinan mafia yang sangat kuat, yaitu Vito Genovese. Ketika hadir di hadapan Komis Kongres Amerika Serikat, Valachi dilindungi oleh 200 petugas keamanan karena ada rumor bahwa kepalanya dihargai US\$ 100.000. Kemudian Valachi masuk dalam pengawasan protektif dan tetap ditahan di penjara hingga akhir hidupnya. Selama pengawasan, hubungan Valachi dibatasi kepada Biro Penyidikan Federal (FBI) dan staf dari Biro Lembaga Pemasyarakatan Federal. Valachi menjadi orang pertama yang ditawarkan perlindungan untuk kesaksianya sebelum program perlindungan saksi dibentuk secara formal.

Pada tahun 1970, Jaksa Agung Amerika Serikat mendapatkan wewenang untuk memberikan perlindungan keamanan bagi saksi yang bersedia memberi kesaksian terkait kasus-kasus kejahatan terorganisasi dan bentuk kejahatan serius lainnya. Wewenang tersebut diperoleh berdasarkan Undang-Undang Pengendalian Kejahatan Terorganisasi. Berdasarkan wewenang tersebut terbentuklah program WITSEC (*Witness Security*) yang kemudian berwenang memastikan keamanan fisik saksi

3 Fred Montanino, *Unintended Victims of Organized Crime Witness Protection*, Criminal Justice Policy Review, vol. 2, No. 4 (1987), hlm. 392-408.

4 Tim UNODC, Ilias Chatzis, et.al, *Praktik Terbaik Perlindungan Saksi dalam Proses Pidana yang Melibatkan Kejahatan Terorganisir*, Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK), Jakarta: 2010, hlm. 6.

baik berupa penempatan pada tempat tinggal baru dan rahasia maupun perubahan nama dan identitas baru.⁵

Setelah Amerika Serikat, program perlindungan saksi mulai diadaptasi oleh negara-negara lain. Di Eropa, program perlindungan saksi telah berlaku di Jerman pada pertengahan 1980-an. Pada tahun 1994, telah hadir Undang-Undang Perlindungan Saksi pada tingkat Persemakmuran yang kemudian berlaku di Australia. Di Asia, Wilayah Administrasi Khusus Hong Kong telah mengadopsi program perlindungan saksi pada tahun 2000. Di Afrika, Strategi Nasional Pencegahan Kejahatan 1996 Afrika Selatan mengakui perlindungan saksi sebagai komponen penting penegakan hukum.

1.3. Hambatan struktural dalam sistem peradilan pidana di Indonesia

Hukum pidana Indonesia bersifat monodualistik, yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi objektif dari perbuatan dan juga segi-segi subjektif dari pembuat.⁶ Fokus pada perbuatan dan pembuat/pelaku merupakan manifestasi dari dua pilar pokok, yakni asas legalitas dan asas culpabilitas. Asas legalitas merupakan asas kemasyarakatan yang bermaksud memberikan kepastian hukum.⁷ Asas culpabilitas merupakan asas kemanusiaan yang melahirkan unsur kesalahan sehingga pada gilirannya akan memberi batasan yang jelas antara perbuatan dan tindak pidana.⁸ Hukum pidana monodualistik merupakan model yang yang realistik karena memperhatikan berbagai kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum pidana, yakni kepentingan negara; kepentingan umum; kepentingan individu; kepentingan pelaku tindak pidana; dan kepentingan korban kejahanan.

Hukum pidana Indonesia secara tegas menyatakan bahwa hadir menjadi saksi merupakan kewajiban yang jika tidak dipatuhi terdapat sanksi pidananya. Diatur oleh KUHP dalam Pasal 224 bahwa saksi wajib hadir bila dipanggil, dengan ancaman hukuman maksimal 9 bulan (untuk kasus pidana) dan 6 bulan (untuk kasus perdata).

Sehingga sangat jelas bahwa kedudukan saksi sangat penting sekaligus sangat rentan. Individu dibebani kewajiban untuk menjadi saksi, namun tidak mendapat jaminan keamanan apapun atas dirinya. Kondisi ini berlangsung sejak berlakunya KUHP di Indonesia hingga lahirnya

5 Ibid.

6 Barda Nawawi Arrief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 107-108.

7 Loebby Loqman, *Perkembangan Azas Legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia*, makalah, Semarang, 2004, hlm. 6-7

8 Pasal 6 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, kurang lebih selama 100 tahun. Kondisi ini menunjukan bahwa hukum pidana Indonesia masih awam dalam menempatkan perspektif korban pada penegakannya.

2. Pogram perlindungan saksi di Indonesia

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) telah mengatur tentang hak-hak terhadap saksi diantaranya adalah hak atas penerjemah (Pasal 177), hak untuk memberikan keterangan tanpa tekanan (Pasal 117), hak untuk tidak diajukan pertanyaan yang menjerat (Pasal 166), hak untuk mendapatkan penggantian biaya (Pasal 229). Pengaturan ini kemudian diperkuat oleh Pasal 5 Undang-Undang No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, mengatur bahwa seorang saksi dan korban berhak untuk:

- a. memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga, dan harta bendanya, serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya;
- b. ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan;
- c. memberikan keterangan tanpa tekanan;
- d. mendapat penerjemah;
- e. bebas dari pertanyaan yang menjerat;
- f. mendapatkan informasi mengenai perkembangan kasus;
- g. mendapatkan informasi mengenai putusan pengadilan;
- h. mengetahui dalam hal terpidana dibebaskan;
- i. mendapat identitas baru;
- j. mendapatkan tempat kediaman baru;
- k. memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan;
- l. mendapat nasihat hukum;
- m. dan/atau memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir.

Lebih lanjut lagi, dalam Pasal 6 dikatakan bahwa korban dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, selain berhak atas hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5, juga berhak untuk mendapatkan bantuan medis dan bantuan rehabilitasi psiko-sosial.

2.1. Setelah peristiwa

Saksi, termasuk yang sekaligus juga sebagai korban merupakan salah satu kunci utama dalam keberhasilan pengungkapan suatu kejahatan. Oleh karena itu, terlepas definisi dari KUHAP maupun Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006, saksi harus mendapat perlindungan demi

kepentingan pencarian keadilan.

Pada saat berakhirnya peristiwa kejahatan, kondisi korban umumnya sangat terluka secara fisik dengan kondisi emosional yang tidak stabil disertai trauma. Sebagai bagian dari anggota masyarakat luas, saksi juga kemungkinan sangat awam dengan penegakan hukum sehingga tidak tahu harus melapor ke mana. Terutama saksi yang sekaligus sebagai korban, karena keawamannya, merasakan kekhawatiran akan tanggapan aparat penegak hukum atau masyarakat.⁹

Pada tahap ini, saksi membutuhkan rasa aman yang dapat berupa tempat sementara yang jauh dari lokasi dan pelaku. Saksi membutuhkan pemulihan fisik, psikologis, dan sosiologis. Pemulihan fisik dapat berupa bantuan medis atas luka fisik, sementara untuk pemulihan psikologis dan sosiologis saksi membutuhkan pendampingan konselor dan keyakinan bahwa masyarakat tidak akan mengucilkannya.¹⁰

Peranan negara dalam tahap ini adalah untuk menjamin keamanan saksi dan pendamping. Peranan tersebut termasuk membangun dukungan berupa bantuan layanan hukum, medis, dan konseling yang sensitif gender secara murah dan terjangkau.¹¹

Masyarakat, secara langsung berperan untuk mengantarkan saksi ke pusat pelayanan medis jika saksi mengalami luka fisik. Selain itu, masyarakat juga berperan untuk mendorong lembaga layanan masyarakat yang terkait untuk memberikan pendampingan. Lembaga terkait tersebut dapat berupa lembaga bantuan hukum maupun lembaga swadaya masyarakat yang relevan. Terkait keamanan saksi, masyarakat dapat berperan untuk mengamankan saksi atau korban dari lokasi kejadian dan pelaku serta langsung melaporkan kejadian kepada keluarga korban serta aparat keamanan. Untuk mendukung proses pengungkapan kejahatan, masyarakat juga berperan untuk mengamankan benda-benda yang menjadi barang bukti, sekaligus mencatat kronologis kejadian.¹²

Setelah peristiwa kejahatan, ketika akan memasuki sistem peradilan pidana, saksi berhak untuk mengetahui hak-haknya, berhak untuk memperoleh layanan sesuai dengan kebutuhannya sebagai saksi, berhak memperoleh pendampingan, serta berhak untuk memperoleh perlindungan dari ancaman fisik dan psikologis akibat kesediaannya untuk bersaksi. Pada tingkat ini, saksi telah dapat mengajukan permohonan perlindungan pada Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban baik atas

9 Damar Juniarto, Diyah Candrawati, Sri Wiyanti Eddyono, *Perlindungan terhadap Saksi dan Korban*, Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan, Jakarta: 2009, hlm. 48.

10 *Ibid.* hlm. 51.

11 *Ibid.* hlm. 54.

12 *Ibid.* hlm. 58.

inisiatif sendiri maupun atas permintaan pejabat yang berwenang.¹³

2.2. Tingkat penyidikan

Pada tingkat penyidikan, saksi juga menghadapi berbagai permasalahan. Sebagai situasi yang merupakan kelanjutan dari berakhirnya peristiwa kejadian yang terjadi, maka pada tingkat penyidikan sudah mulai muncul permasalahan-permasalahan terkait pengusutan yang dilakukan oleh penegak hukum. Peristiwa sudah masuk pada awal sistem peradilan pidana.

Pada tingkat ini, saksi mulai merasa takut terhadap teror dan intimidasi. Namun, ketakutan akan teror dan intimidasi tersebut bukan hanya teror dan intimidasi terhadap dirinya tetapi juga kepada orang-orang terdekatnya. Ketakutan ini muncul terlepas apakah saksi memutuskan untuk bersaksi ataupun tidak. Ketika saksi menyadari bahwa pelaku kejadian akan diusut oleh penegak hukum, maka saksi tersebut merasakan kerentanan diri dan keluarganya. Saksi menyadari bahwa kesaksianya dapat menjerat pelaku kejadian sehingga saksi khawatir bahwa pelaku kejadian tidak akan membiarkannya bersaksi.¹⁴

Khusus untuk kekerasan seksual, terutama saksi yang sekaligus merupakan korban kekerasan seksual memiliki kekhawatiran bahwa dirinya mendapat stigmatisasi dari masyarakat, walaupun belum tentu masyarakat mengetahui bahwa dirinya adalah saksi. Kekhawatiran lain yang dialami oleh saksi yang sekaligus sebagai korban, secara khusus pada kasus kekerasan seksual dan *trafficking*, adalah kekhawatiran jika penyidiknya adalah laki-laki. Saksi mendapatkan tingkat rasa malu yang cukup signifikan dalam menghadapi pertanyaan-pertanyaan yang dilontarkan oleh penyidik laki-laki.

Pada tingkat penyidikan ini, saksi membutuhkan jaminan keamanan dari intimidasi ataupun teror. Intimidasi maupun teror yang ditakutkan ini belum tentu terjadi, tetapi jika terjadi teror atau intimidasi, maka dapat mengurangi kualitas kesaksian korban. Sehubungan dengan proses penyidikan, saksi membutuhkan proses investigasi yang tidak menyudutkan, oleh karena itu dibutuhkan pula pendamping. Saksi juga membutuhkan proses penyidikan yang tidak berlarut-larut.

Pada tahap penyidikan ini, saksi berhak untuk memperoleh informasi utuh tentang hak-haknya sesuai mandat Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Lebih lanjut lagi, saksi berhak untuk dipertimbangkan pendapat dan kebutuhannya dalam proses-proses dalam menindaklanjuti kasus. Saksi juga berhak

13 *Ibid.* hlm. 62.

14 *Ibid.* hlm. 51.

untuk mendapatkan pendampingan saat memberi kesaksian dan juga dimungkinkan adanya proses acara yang khusus dalam pemberian kesaksian sesuai kebutuhan. Pada tahap penyidikan ini pula, sesuai kebutuhan, saksi berhak untuk mendapatkan rumah aman untuk jangka waktu tertentu. Terkait teror dan intimidasi, saksi dapat mengajukan permohonan kepada kepolisian untuk segera memberikan perlindungan keamanan pribadi apabila saksi berada dalam kondisi keamanan yang sangat membahayakan dirinya.

Pada tingkat penyidikan ini, negara berperan untuk menjamin keamanan dengan membangun mekanisme pengamanan dan perlindungan. Jaminan keamanan dan perlindungan tersebut antara lain dengan mewajibkan aparat keamanan untuk menjaga kerahasiaan identitas pelapor. Tentunya pewajiban tersebut dilengkapi dengan mekanisme pemberian sanksi. Selain itu negara harus memastikan adanya proses investigasi yang sensitif gender.

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban memandatkan bahwa saksi harus memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga, dan harta bendanya serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya. Selanjutnya, saksi berhak untuk memperoleh bantuan biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan, memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir, serta berhak untuk ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan.

2.3. Tingkat prapengadilan

Secara umum, kebutuhan saksi pada tingkat prapengadilan tetap sama, yaitu kebutuhan akan rasa aman dari intimidasi atau teror. Namun, pada tingkat prapengadilan ada kebutuhan lain yang sangat penting juga yaitu kebutuhan akan informasi. Informasi dalam hal ini secara khusus adalah informasi mengenai sistem dan proses persidangan. Saksi tentunya memiliki tingkat pemahaman yang berbeda-beda mengenai sistem peradilan pidana. Oleh karena itu, saksi perlu diberitahukan mengenai tahap-tahap proses peradilan pidana yang akan dilaluinya.

Selain informasi mengenai sistem dan proses persidangan, saksi juga membutuhkan informasi mengenai dampak yang mungkin terjadi dari pelaksanaan proses persidangan, misalnya pemanggilan-pemanggilan, kondisi pengadilan, serta yang terutama bahwa saksi akan dimintakan keterangan kembali untuk informasi yang sama.

Pada tingkat prapengadilan, kasus sudah mulai berjalan dan dapat terjadi berbagai perkembangan. Saksi membutuhkan informasi mengenai perkembangan kasus. Negara berperan untuk memberikan jaminan hak

saksi tersebut. Salah satunya adalah menjamin saksi, korban, maupun pendamping untuk mengakses dokumen hukum (seperti salinan Berita Acara Perkara). Tingkat prapengadilan juga merupakan tahapan untuk mengembalikan keadaan fisik dan mental sebelum saksi memberikan kesaksian di tahap pengadilan. Pengembalian keadaan fisik dan mental ini adalah dalam rangka mencegah retraumatisasi dengan metode dan cara perlakuan dan pertanyaan yang tidak tendensius, memaksa, dan memancing. Pada pemeriksaan konfrontasi, saksi tidak boleh dipengaruhi secara fisik maupun mental. Untuk menunjang kesaksian, saksi dapat memberikan keterangan secara langsung tanpa tatap muka.¹⁵

2.4. Tingkat Pengadilan

Perlindungan saksi untuk tingkat pengadilan dapat dipelajari dari kasus *Doorson v. The Netherlands* pada tahun 1996.¹⁶ Kasus *Doorson* merupakan kasus yang memberikan pesan awal mengenai masuknya perlindungan saksi sebagai bagian dari *fair trial*. Pada tingkat pengadilan, sebagaimana terjadi dalam *Doorson*, beberapa hal menjadi perhatian, yakni: kehadiran saksi, identitas saksi (anonimitas), penarikan kesaksian, serta kemampuan pihak terdakwa, dalam hal ini pembela, untuk mengajukan pertanyaan kepada saksi, serta bagaimana pembela mendapatkan respon dari saksi (langsung atau tidak langsung). Komponen-komponen inilah yang pada kasus tersebut menjadi objek banding serta sebagai fokus kajian yang dilakukan oleh Pengadilan HAM Eropa.

Terdakwa dituntut atas dugaan kejahatan terkait narkoba. Sejumlah saksi, termasuk enam orang diantaranya masih anonim melaporkannya berdasarkan foto yang terkait dengan tuntutan tersebut. Pada pengadilan regional, hakim memutuskan terdakwa bersalah berdasarkan kehadiran dua orang saksi yang anonim. Kebetulan pada saat itu pembela terdakwa tidak hadir. Kemudian pihak terdakwa mengajukan banding. Latar belakang banding tersebut adalah bahwa dua saksi yang teridentifikasi, yaitu R dan N harus didengar dulu sebelum saksi yang anonim. Namun demikian saksi R dan saksi N tidak dapat hadir sebelumnya. Saksi R selalu tidak hadir dalam persidangan, sedangkan saksi N menarik kesaksianya. Atas permohonan tersebut, pembela terdakwa diizinkan untuk bertanya kepada dua saksi anonim tersebut, tetapi tidak diperbolehkan untuk menanyakan secara langsung. Kedua saksi anonim tersebut juga meminta untuk tetap mempertahankan anonimitasnya karena takut akan balas dendam. Kemudian terdakwa membawa kasus tersebut ke Pengadilan HAM Eropa atas keberatannya, yaitu bahwa pengadilan wilayah

15 *Ibid.* hlm. 62.

16 *Doorson v Netherlands* (1996) 22 EHRR 330.

mendasarkan putusannya pada alat bukti dari saksi-saksi yang anonim, pernyataan yang memberatkan yang diberikan kepada polisi oleh saksi teridentifikasi yang kemudian tidak pernah hadir di pengadilan, serta berdasarkan pernyataan yang diberikan pada tahap penyidikan oleh saksi teridentifikasi yang pada saat pengadilan pembela terdakwa tidak memiliki kesempatan untuk mempertanyakan atau mempertahankan kedudukan terdakwa.

Namun demikian, Pengadilan HAM Eropa memandang bahwa atas situasi tersebut, tidak terdapat pelanggaran hak asasi apapun terhadap terdakwa. Adapun pandangan Pengadilan HAM Eropa tersebut mempertimbangkan juga kepentingan korban dan saksi. Anonimitas saksi dalam kasus ini mendapatkan toleransi dari Pengadilan HAM Eropa mengingat ketakutan yang dialami oleh saksi apabila harus menjadi saksi yang teridentifikasi (tidak anonim).¹⁷

Alat bukti yang diperoleh dari saksi dengan keadaan anonim yang bersinggungan dengan hak terdakwa harus diselenggarakan secara sangat berhati-hati. Pengadilan melihat bahwa unsur kehati-hatian tersebut telah diterapkan dalam kasus tersebut. Prinsip *fair trial* ditegakkan bukan hanya dalam hal hak terdakwa tetapi juga menyeimbangkannya dengan kepentingan saksi yang hadir di persidangan.¹⁸

Doorson memberikan preseden bahwa anonimitas merupakan salah satu komponen penting dalam penyelenggaraan *fair trial*. Perlindungan saksi dalam bentuk anonimitas juga diperlukan untuk penegakkan hukum. Keterbatasan alat bukti (yang teridentifikasi) dalam *Doorson* memberi ruang pada ekstensifikasi alat bukti kepada saksi yang anonim. Oleh karena itu, sebagai alat bukti, perlindungan saksi merupakan hal yang melekat pada penegakkan hukum yang harus dilembagakan melalui mekanisme yang standar. Namun demikian, penerimaan saksi anonim harus dilakukan secara sangat hati-hati agar tidak justru menimbulkan ketidakadilan bagi terdakwa dan merusak kredibilitas lembaga peradilan.

3. Mendefinisikan saksi dan korban dalam konteks Indonesia

3.1. Konsepsi umum

Konsep mengenai saksi secara umum mengandung pengertian yang secara luas dipahami sebagai orang yang menyaksikan suatu kejadian tertentu. Berdasarkan pemahaman umum ini, maka saksi merupakan sebuah posisi yang dapat melekat kepada siapa saja. Saksi dari terjadinya

17 *Ibid.*

18 Opinions of the Lords of Appeal For Judgment in the Cause, *R. v. Davis*, [2008] UKHL 36.

kejahatan terutama adalah tentunya pelaku kejahatan itu sendiri. Pelaku menjadi saksi dari perbuatannya sendiri. Selain pelaku, tentunya korban juga merupakan saksi. Korban, jika masih hidup, maka merupakan saksi yang pasti atas kejadian yang dialaminya. Selain pelaku dan korban, saksi, sebagai sebuah posisi juga dapat melekat kepada orang (atau orang-orang) yang menyaksikan terjadinya suatu kejadian.

Perlu dipertegas, bahwa dalam konsepsi secara umum ini, istilah ‘kejadian’ tidak selalu harus sebagai sebuah kejahatan. Saksi yang dihadirkan dalam proses persidangan tidak selalu secara langsung memberikan kesaksian secara langsung atas kejahatan yang didakwakan. Saksi juga dapat dihadirkan sebagai alat bukti untuk membuktikan terjadinya suatu kejadian yang terkait pada suatu kejahatan. Misalnya, seorang pembunuh menggunakan mobil warna merah ketika akan merampok sebuah toko, maka orang yang melihat bahwa memang mobil merah terparkir di depan toko juga dapat mendukung pembuktian perampokan toko tersebut.

Menelaah konsep tentang korban dapat dimulai dengan mengacu kepada gradasi korban menurut viktimalogi. Korban dapat dikatakan sebagai seseorang yang menderita secara langsung secara fisik maupun emosional sebagai hasil dari tindak kejahatan. Namun demikian, selain korban secara langsung tersebut, terdapat juga jenis korban pada tingkatan yang berbeda.

Korban sekunder, atau dapat diartikan sebagai korban tidak secara langsung mengalami penderitaan atas kejahatan yang dilakukan. Namun, korban sekunder ini tetap mengalami penderitaan sebagai lanjutan dari penderitaan yang dialami oleh korban primer. Sehingga secara konsepsi, korban sekunder baru ada jika korban primer telah ada. Contoh yang dapat menggambarkan korban sekunder ini adalah pada kejadian penganiayaan seseorang yang ternyata ditemukan bahwa orang tersebut adalah orang tua dari seorang anak yang menggantungkan hidup pada orang tersebut. Sehingga, ketika sang orang tua menjadi korban primer, maka sang anak menjadi korban sekunder, terlebih jika sebagai akibat dari penganiayaan tersebut, orang tuanya tidak dapat memenuhi kebutuhan sang anak.

Selain korban sekunder, terdapat juga yang dikenal sebagai korban tersier. Korban tersier merupakan kelompok lebih luas yang mengalami dampak akibat terjadinya kejahatan kepada korban primer dan sekunder. Sebagai contoh untuk korban tersier ini adalah ketika suatu kejadian dipublikasikan oleh mediamassa, maka kelompok massa yang menyaksikan atau mendengar pemberitaan tentang kejadian tersebut menjadi korban juga. Massa yang menyaksikan dapat mengalami ‘penderitaan’ berupa munculnya rasa takut atau terancam. Namun demikian, kedudukan saksi dalam berbagai manifestasinya dalam pengadilan tidak diharapkan

untuk menjadi ‘penuntut’ bayangan, melainkan tetap sebagai alat bukti.¹⁹ Mekanisme perlindungan saksi memerlukan pendekatan khusus ketika subjek perlindungan adalah kelompok-kelompok tertentu, misalnya anak-anak.

3.2. Hukum acara pidana di Indonesia

Tahapan dan proses peradilan pidana yang melibatkan saksi dan korban saat ini memiliki dua perspektif. Pertama, menurut KUHP, batasan proses peradilan pidana terkait dengan saksi dan korban dapat dilihat dari definisi saksi menurut KUHAP, yaitu pada Pasal 1 angka (26):

Saksi adalah orang yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyidikan, penuntutan, dan peradilan tentang suatu perkara pidana yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan ia alami sendiri.

Kedua, menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban:

Saksi adalah orang yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di sidang pengadilan tentang suatu perkara pidana yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri, dan/atau ia alami sendiri.

Berdasarkan definisi tersebut dapat terlihat bahwa keberadaan saksi (dan korban) diperlukan dalam seluruh rangkaian proses peradilan pidana. Namun demikian terdapat perbedaan antara KUHAP dan UU No. 13 Tahun 2003, yaitu menurut UU No. 13 Tahun 2003 menentukan definisi saksi mulai dari proses penyelidikan, sementara KUHAP mendefinisikan saksi dimulai pada proses penyidikan. Dengan demikian, UU No. 13 Tahun 2003 lebih luas dalam menentukan definisi saksi karena berdasarkan Pasal 1 ayat (5) KUHAP, dalam proses penyelidikan, penyelidik masih dalam proses mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan.

Hukum pidana Indonesia (Pasal 224 KUHP) secara tegas menyatakan bahwa hadir menjadi saksi merupakan kewajiban yang jika tidak dipatuhi terdapat sanksi pidananya.

4. Whistleblower dan justice collaborator

Perihal *justice collaborator* (pelapor) dan *whistleblower* (saksi pelaku yang bekerjasama) diatur lebih lanjut oleh Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 4 Tahun 2011 yang dikeluarkan pada tanggal 10 Agustus 2011. Pada Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Perlindungan

19 Bernd Schünemann, *Protection of Children and Other Vulnerable Victims against Secondary Victimization: Making It Easier to Testify in Court*, ERA Forum (2009) 10: 387–396.

Saksi dan Korban diatur pada Pasal 10:

- (1) *Saksi, Korban, dan pelapor tidak dapat dituntut secara hukum baik pidana maupun perdata atas laporan, kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya.*
- (2) *Seorang Saksi yang juga tersangka dalam kasus yang sama tidak dapat dibebaskan dari tuntutan pidana apabila ia ternyata terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah, tetapi kesaksianya dapat dijadikan pertimbangan hakim dalam meringankan pidana yang akan dijatuhkan.*

Pasal 10 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban telah berupaya mengatur tentang pelapor dan juga ‘saksi pelaku yang bekerjasama’, namun kemudian lahir SEMA No. 4 Tahun 2011 sebagai pedoman penerapannya.

Pasal 10 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban menimbulkan permasalahan penafsiran ketika ada seorang saksi yang juga merupakan tersangka pada kasus yang sama. Kedua ayat pada pasal tersebut menimbulkan pertentangan satu sama lain ketika dipertemukan pada seorang saksi yang juga merupakan tersangka pada kasus yang sama. Pada ayat pertama dikatakan bahwa saksi yang melaporkan dan bersaksi tidak dapat dipidana, namun pada ayat kedua dikatakan bahwa jika saksi adalah tersangka pada kasus yang sama maka tidak dapat dibebaskan dari tuntutan pidana. Sementara, mandat Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban hanya melindungi saksi dan korban, bukan tersangka, sehingga masalah pada Pasal 10 ini kemudian menimbulkan ambiguitas mengenai status perlindungan oleh Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban pada yang bersangkutan. Sebelum adanya SEMA No. 4 Tahun 2011, tampak bahwa Pasal 10 tidak dapat membedakan *whistleblower* dengan *justice collaborator*, sehingga pengadilan juga tidak dapat memberikan perlakuan yang tepat.

Pedoman yang harus ditaati dalam penanganan kasus yang melibatkan pelapor tindak pidana menurut SEMA No. 4 Tahun 2011 adalah bahwa yang bersangkutan merupakan pihak yang mengetahui dan melaporkan tindak pidana tertentu sebagaimana dimaksud dalam SEMA No. 4 Tahun 2011 dan bukan merupakan bagian dari pelaku kejahatan yang dilaporkannya. Apabila pelapor tindak pidana dilaporkan pula oleh terlapor, maka penanganan perkara atas laporan yang disampaikan oleh pelapor tindak pidana didahuluikan dibanding laporan dari terlapor.

Pedoman untuk menentukan seseorang sebagai ‘saksi pelaku yang bekerjasama’ adalah bahwa yang bersangkutan merupakan salah satu pelaku tindak pidana tertentu sebagaimana dimaksud dalam SEMA No. 4 Tahun 2011. Selanjutnya SEMA No. 4 Tahun 2011 mengharuskan bahwa yang bersangkutan mengakui kejahatan yang dilakukannya, bukan pelaku utama dalam kejahatan tersebut serta memberikan keterangan

sebagai saksi di dalam proses peradilan. Ketentuan ini menimbulkan pemahaman bahwa pengakuan akan menjadi bagian penting dari sistem peradilan pidana di Indonesia. Selama ini, kedudukan pengakuan pelaku dalam sistem hukum pidana di Indonesia tidak menempati posisi yang signifikan dalam mencari kebenaran materiil. Namun, SEMA No. 4 Tahun 2011 justru menempatkan pengakuan sebagai pedoman untuk menentukan seseorang sebagai saksi pelaku yang bekerjasama yang dapat menjadi kunci bagi upaya pengungkapan kasus-kasus.

Tindak pidana tertentu yang ditentukan oleh SEMA No. 4 Tahun 2011 adalah tindak pidana korupsi, terorisme, tindak pidana narkotika, tindak pidana pencucian uang, perdagangan orang, maupun tindak pidana lainnya yang bersifat terorganisir, telah menimbulkan masalah dan ancaman yang serius terhadap stabilitas dan keamanan masyarakat sehingga meruntuhkan lembaga serta nilai-nilai demokrasi, etika dan keadilan serta membahayakan pembangunan berkelanjutan dan supremasi hukum.

Selanjutnya, SEMA No. 4 Tahun 2011 juga mengatur bahwa untuk menentukan seseorang sebagai ‘saksi pelaku yang bekerjasama’ adalah bahwa Penuntut Umum di dalam tuntutannya menyatakan bahwa yang bersangkutan telah memberikan keterangan dan bukti-bukti yang signifikan sehingga penyidik dan/atau Penuntut Umum dapat mengungkap tindak pidana secara efektif, mengungkap pelaku-pelaku lainnya yang memiliki peran lebih besar dan/atau mengembalikan aset-aset/hasil suatu tindak pidana.

4.1. Perlakuan terhadap Whistleblower dan Justice Collaborator

SEMA No. 4 Tahun 2011 diterbitkan dengan mempertimbangkan beberapa ketentuan internasional yang berpengaruh dalam hal perlindungan saksi untuk kasus-kasus kejahatan terorganisasi. Konvensi PBB Anti Korupsi (*United Nations Convention Against Corruption*) tahun 2003 pada Pasal 37 mengatur bahwa setiap negara peserta konvensi tersebut berkewajiban untuk mempertimbangkan pemberian keringanan atau pengurangan hukuman bagi pelaku yang memberikan kerja sama yang substansional dalam penyelidikan atau penuntutan kejahatan dalam konvensi tersebut. Khusus untuk *justice collaborator*, konvensi tersebut mengatur selanjutnya bahwa negara peserta berkewajiban untuk mempertimbangkan untuk memberikan kekebalan dari penuntutan bagi orang yang memberikan kerjasama substansial dalam penyelidikan atau penuntutan atas tindak pidana yang diatur pada konvensi tersebut. Ketentuan serupa juga terdapat pada Pasal 26 Konvensi PBB Anti Kejahatan Transnasional yang Terorganisasi (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crimes*) tahun 2000.

Indonesia telah meratifikasi kedua konvensi tersebut, Konvensi PBB Anti Korupsi diratifikasi melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006. Konvensi PBB Anti Kejahatan Transnasional dan Terorganisasi diratifikasi melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2009. Dengan demikian, kaidah hukum dalam konvensi-konvensi tersebut haruslah diadopsi dalam perundang-undangan yang terkait. Secara khusus, Mahkamah Agung meminta kepada para hakim agar ketika terdapat pelapor maupun ‘saksi yang bekerjasama’ dalam kasus-kasus tindak pidana tertentu yang dimaksud dalam SEMA No.4 Tahun 2011, untuk dapat memberikan perlakuan khusus, antara lain dengan memberikan keringanan pidana dan/atau bentuk perlindungan lainnya.

Terhadap ‘saksi pelaku yang bekerjasama’, SEMA No. 4 Tahun 2011 mengatur bahwa hakim dalam menentukan pidana yang akan dijatuhan dapat mempertimbangkan hal-hal penjatuhan pidana sebagai berikut:

- a. menjatuhkan pidana percobaan bersyarat khusus; dan/atau
- b. menjatuhkan pidana berupa pidana penjara yang paling ringan diantara terdakwa lainnya yang terbukti bersalah dalam perkara yang dimaksud

Namun demikian, pemberikan perlakuan khusus dalam bentuk keringanan pidana, hakim tetap berkewajiban untuk mempertimbangkan rasa keadilan di masyarakat. Selanjutnya, terkait dengan keberadaan pelapor maupun ‘saksi pelaku yang bekerjasama’, Ketua Pengadilan diharapkan untuk dapat mendistribusikan perkara dengan memberikan perkara-perkara terkait yang diungkap ‘saksi pelaku yang bekerjasama’ kepada majelis yang sama sejauh memungkinkan. Selain itu, Ketua Pengadilan juga diharapkan untuk dapat mendahulukan perkara-perkara lain yang diungkap oleh ‘saksi pelaku yang bekerjasama’.

Baik SEMA No.4 Tahun 2011 maupun Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban memiliki tujuan untuk menciptakan kondisi yang kondusif untuk menjamin partisipasi publik dalam penegakan hukum pidana. Adanya jaminan keamanan dalam tatanan hukum diharapkan dapat mampu mendukung partisipasi publik tersebut.

4.2. Kedudukan pelapor (*Whistleblower*)

Istilah ‘pelapor’ atau *whistleblower* terdefiniskan dalam Penjelasan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.

Yang dimaksud dengan ‘pelapor’ adalah orang yang memberikan informasi kepada penegak hukum mengenai terjadinya suatu tindak pidana.

Pertanyaan yang kemudian dapat muncul adalah mengenai apakah

pelapor dapat dipersamakan dengan saksi. Pertanyaan ini akan mengarah kepada perlindungan yang dapat diberikan oleh lembaga perlindungan saksi. Mandat undang-undang sebagaimana terdapat pada Pasal 2 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban adalah bahwa undang-undang tersebut hanya melindungi saksi dan korban pada seluruh tahap proses peradilan.

Pelapor, secara gramatis memberi arti ‘orang yang melapor’, yaitu sebagai kata ganti atas orang yang melakukan suatu perbuatan (dalam hal ini memberi laporan). Pada SEMA No. 4 Tahun 2011, dipertegas sebagai orang yang mengetahui dan melaporkan tindak pidana tertentu. Oleh karena itu, hal ini sesuai jika melihat bahwa definisi saksi yang lebih luas dalam Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban dibandingkan definisi saksi dalam KUHAP. Definisi saksi dalam undang-undang tersebut dimulai dari proses penyelidikan, oleh karena itu Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban tampak berupaya untuk memasukkan perlindungan terhadap orang-orang yang dapat membantu upaya penyelidikan, dalam hal ini yang masih berstatus pelapor. Berdasarkan pengertian dan keselarasan ini, maka tercermin bahwa perumus Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban berkeyakinan bahwa pelapor sudah termasuk dalam lingkup penyelidikan, oleh karenanya dapat menjadi subjek perlindungan.

Namun, definisi saksi dalam Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban ini juga tetap dalam kerangka definisi saksi dalam KUHAP, yakni seorang saksi harus sebagai orang yang memberikan keterangan perkara pidana yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan/atau ia alami sendiri. Doktrin ini akhirnya memberi batasannya sendiri pada ‘orang yang memberikan keterangan perkara pidana yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan/atau ia alami sendiri’. Padahal, dalam kasus, dapat saja terdapat orang yang berstatus pelapor meskipun ia bukan orang yang mendengar, melihat, atau mengalami sendiri suatu tindak pidana. Misalnya, seseorang yang mengetahui informasi mengenai keberadaan dokumen-dokumen pembuktian yang terkait. Lebih lanjut lagi, sebagai orang yang pertama kali ‘membawa’ suatu perkara pidana ke dalam alur peradilan pidana, pelapor sangat berpotensi menjadi pihak yang paling rentan terhadap intimidasi, sementara, hukum belum mengakomodir secara paripurna kedudukan pelapor.

Batasan yang melingkupi kerangka definisi saksi dalam KUHAP maupun Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban sangat berkaitan dengan kekuatan pembuktian sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 angka 27 KUHAP yang secara hakikat dimaksudkan untuk melindungi proses pengadilan dari adanya

testimonium de auditu, yaitu kesaksian yang berisi perkataan dari orang lain lagi. Doktrin inilah yang kemudian menjadi pembatasan ‘orang yang memberikan keterangan perkara pidana yang ia dengar sendiri, ia lihat sendiri dan/atau ia alami sendiri’. Namun perlu diketahui bahwa antisipasi terhadap *testimonium de auditu* kemudian meluas bukan hanya pada tahap pengadilan, tetapi mulai dari penyidikan, sesuai definisi KUHAP. Dengan demikian, jika Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban mengacu pada kerangka ini untuk perluasan yang meliputi juga tahap penyelidikan untuk mengakomodir ‘pelapor’, upaya tersebut akan dimentahkan oleh doktrin kekuatan pembuktian yang menjauhi *testimonium de auditu* sebagai semangat dalam KUAHP, khususnya pada tahap pengadilan. Sesuai Pasal 185 KUHAP:

- (1) *Keterangan saksi sebagai alat bukti ialah apa yang saksi nyatakan di sidang pengadilan.*
- (2) *Keterangan seorang saksi saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa terdakwa bersalah terhadap perbuatan yang didakwakan kepadanya.*
- (3) *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak berlaku apabila disertai dengan suatu alat bukti yang sah lainnya.*
- (4) *Keterangan beberapa saksi yang berdiri sendiri-sendiri tentang suatu kejadian atau keadaan dapat digunakan sebagai suatu alat bukti yang sah apabila keterangan saksi itu ada .hubungannya satu dengan yang lain sedemikian rupa, sehingga dapat membenarkan adanya suatu kejadian atau keadaan tertentu.*
- (5) *Baik pendapat maupun rekaan, yang diperoleh dari hasil pemikiran saja, bukan merupakan keterangan saksi.*
- (6) *Dalam menilai kebenaran keterangan seorang saksi, hakim harus dengan sungguh-sungguh memperhatikan*

Sehingga, penerapan definisi saksi dalam KUHAP untuk mengakomodir pelapor dalam Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban tidak akan memasukkan pelapor yang memberikan informasi *testimonium de auditu* sebagai subjek perlindungan. Padahal, pada tahap penyelidikan, segala informasi bahkan termasuk *testimonium de auditu* dapat bermanfaat untuk merangkai dan menegakkan diagnosis ada atau tidaknya tindak pidana. Lebih lanjut lagi, penerapan seperti ini berarti membawa doktrin kekuatan pembuktian pengadilan (yang sangat erat terkait pada Pasal 185 KUHAP) kepada tatanan penyelidikan, sehingga perlindungan pelapor menjadi marginal.

4.3. Jenis kejahatan dalam lingkup SEMA No. 4 Tahun 2011

Jenis kejahatan yang disebutkan dalam SEMA No. 4 Tahun 2011 adalah korupsi, terorisme, tindak pidana narkotika, tindak pidana pencucian uang, perdagangan orang, maupun tindak pidana lainnya

yang bersifat terorganisir, telah menimbulkan masalah dan ancaman yang serius terhadap stabilitas dan keamanan masayarakat sehingga meruntuhkan lembaga serta nilai-nilai demokrasi, etika dan keadilan serta membahayakan pembangunan berkelanjutan dan supremasi hukum.

Masing-masing dari tindak pidana tersebut telah memiliki ketentuan perundang-undangannya. Khusus mengenai ‘tindak pidana lain yang terorganisir...dan seterusnya’, SEMA No. 4 Tahun 2011 tidak memberikan definisi konkret. Penjabaran yang luas ini memberikan ruang untuk interpretasi lebih lanjut mengenai tindak pidana apa yang masuk dalam kategori terakhir ini. Keuntungan dari penjabaran yang meluas ini juga memberi ruang untuk tindak pidana yang baru diatur di masa mendatang.

Semua tindak pidana yang disebutkan dalam SEMA No. 4 Tahun 2011 merupakan tindak-tindak pidana yang secara internasional diakui sebagai kejahatan terorganisir. Secara internasional, kejahatan terorganisir diatur oleh *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Palermo pada tahun 2000 yang diratifikasi oleh Republik Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2009. Terkait konvensi ini, Indonesia telah mempunyai sejumlah undang-undang yang substansinya terkait dengan Konvensi ini, antara lain:

1. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1979 tentang Ekstradisi;
2. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika;
3. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001;
4. Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan;
5. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2003;
6. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang;
7. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2006 tentang Bantuan Hukum Timbal Balik dalam Masalah Pidana;
8. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksidan Korban;
9. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang.

Berdasarkan penjelasan dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2009 tersebut, tindak pidana terorganisir dapat ditentukan berdasarkan lingkup, karakter, *modus operandi*, dan pelakunya.

5. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan sebelumnya, maka dapat disimpulkan bahwa kedudukan *whistleblower* sangat dipengaruhi oleh keberadaan SEMA No. 4 Tahun 2011. Namun demikian, SEMA No. 4 Tahun 2011 memiliki batasan pada kejahatan terorganisir. Hal ini mencerminkan program perlindungan saksi yang bersifat sektoral sehingga masih dibutuhkan berbagai penyempurnaan legislasi yang disertai peningkatan kapsitas program perlindungan saksi di Indonesia. Selain itu, disparitas definisi pada kedua legislasi yang mengatur mengenai saksi, yakni KUHAP dan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban mencerminkan bahwa *whistleblower* mendapatkan posisi perlindungan yang marjinal. Berdasarkan analisis ini pula, maka pelapor (*whistleblower*), berdasarkan kepentingan *fair trial* dalam arti luas *fair criminal justice system*, berhak untuk masuk dalam aktivitas perlindungan saksi, meskipun belum tentu pelapor akan menjadi saksi di pengadilan.

PEMBUKTIAN TERBALIK DALAM PENGEMBALIAN ASET KEJAHATAN KORUPSI¹

Eddy O.S Hiariej

Kejahatan korupsi

Sejak bergulirnya reformasi, isu pemberantasan korupsi selalu menjadi tema sentral dalam penegakan hukum di Indonesia. Korupsi dalam sudut pandang hukum pidana merupakan kejahatan internasional yang memiliki sifat dan karakter sebagai *extra ordinary crime*. Paling tidak ada empat sifat dan karakteristik kejahatan korupsi sebagai *extra ordinary crime*.

Pertama, korupsi merupakan kejahatan terorganisasi yang dilakukan secara sistematis. Secara singkat **Francis Ianni** mendefinisikan Kejahatan terorganisasi – seperti Mafia di Italia, Yakuza di Jepang, Triad di Cina dan Cartel di Colombia – sebagai kejahatan yang dilakukan oleh organisasi non-formal dengan struktur yang tidak rasional untuk menggandakan keuntungan dengan pekerjaan yang seefisien mungkin.² *Kedua*, korupsi biasanya dilakukan dengan modus operandi yang sulit sehingga tidak mudah untuk membuktikannya.³ *Ketiga*, korupsi selalu berkaitan dengan kekuasaan. Dalam konteks sifat dan karakteristik korupsi yang ketiga ini, kita mengenal semacam postulat yang dikemukakan oleh **Lord Acton** bahwa kekuasaan cenderung korup dan kekuasaan yang absolut, korupsinya absolut pula.

Keempat, korupsi adalah kejahatan yang berkaitan dengan nasib orang banyak karena keuangan negara yang dapat dirugikan sangat bermanfaat untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat. Menurut

1 Tulisan ini adalah Pidato Pengukuhan sebagai Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada yang diucapkan pada tanggal 30 Januari 2012.

2 J.E. Sahetapy, 1997, *Kejahatan Gotong Royong*, Makalah Diskusi Panel Fakultas Hukum, 22 November 1997, hlm.1

3 Saldi Isra dan Eddy O.S Hiariej, 2009, *Perspektif Hukum Pemberantasan Korupsi di Indonesia*, dalam Wijayanto dan Ridwan Zachrie (Editor), *Korupsi Mengorupsi Indonesia: Sebab, Akibat dan Prospek Pemberantasan*, Penerbit PT Gramedia Pustaka Umum Jakarta, hlm. 564.

catatan Bank Dunia per Juni 2007 diperkirakan jumlah aset negara di Indonesia yang telah dikorup sebesar US\$ 15-35 miliar. Sementara merujuk pendapat **Danny Leipziger**, Wakil Presiden Bank Dunia bidang Pengentasan Kemiskinan Dan Manajemen Ekonomi, setiap \$100 juta uang hasil korupsi yang bisa dikembalikan dapat membangun 240 kilometer jalan, mengimunisasi 4 juta bayi dan memberikan air bersih bagi 250 ribu rumah.⁴

Selain sifat dan karakter korupsi sebagai kejahatan luar biasa, ada enam dampak korupsi⁵ yang melatarbelakangi internasionalisasi kejahatan⁶ korupsi. **Pertama**, korupsi dianggap merusak demokrasi. Sebagai misal isu *money politic* selalu mengemuka dalam pemilihan pejabat publik di Indonesia, mulai dari pemilihan kepala desa sampai pada pemilihan presiden, tidak ketinggalan pemilihan Ketua Partai Politik. **Kedua**, korupsi dianggap merusak aturan hukum. Sudah menjadi rahasia umum bahwa setiap kata, kalimat, bahkan koma dan titik dalam pembahasan rancangan undang-undang di DPR mempunyai nilai rupiah. Tidak sedikit uang yang digelontorkan oleh pemilik modal dalam pembahasan suatu rancangan undang-undang di DPR dalam rangka menggolkan suatu rancangan undang-undang. Motivasinya sederhana, agar undang-undang yang dihasilkan berpihak kepada pemilik modal.⁷ Dampak korupsi yang lain terhadap aturan hukum adalah masalah penegakan hukum yang sarat dengan isu mafia peradilan.

Ketiga, korupsi dapat mengganggu pembangunan berkelanjutan. Hal ini karena uang yang dikorup seharusnya dapat digunakan untuk beberapa generasi ke depan yang berhak menikmati pembangunan tersebut. Dampak yang **keempat** dari korupsi adalah merusak pasar. Dalam pengadaan barang dan jasa, isu suap-menyuap sangat kental sehingga persaingan yang tidak sehat terjadi di antara perusahaan yang saling memperebutkan tender. **Kelima**, korupsi dapat merusak kualitas hidup, sebab jika tidak dikorup, anggaran negara dapat digunakan untuk membiayai pendidikan dan pelayanan kesehatan masyarakat secara memadai. Dampak yang **keenam** atau yang terakhir, korupsi dianggap melanggar hak-hak asasi manusia. Hal ini berkaitan dengan hak-hak atas kehidupan yang layak bagi masyarakat namun terabaikan karena negara

4 <http://www.balipost.co.id/balipostcetak/2008/1/30/b24.htm>

5 Lihat dalam *Background Paper Declaration of 8 International Conference Against Corruption* di Lima, Peru pada tanggal 7 sampai dengan 11 September 1997.

6 Internasionalisasi kejahatan adalah proses penetapan tindakan-tindakan tertentu sebagai kejahatan internasional. Tindakan-tindakan tertentu yang kemudian dinyatakan sebagai kejahatan internasional dapat melalui doktrin, kebiasaan atau praktik hukum internasional. Selanjutnya lihat dalam M. Cherif Bassiouni, 2003, *Introduction To International Criminal Law*, Transnational Publisher, Inc. Ardsley, New York, hlm. 109.

7 Eddy O.S Hiariej, Korupsi Partai Politik, *KOMPAS*, 3 Agustus 2011, hlm. 6.

tidak memiliki cukup anggaran untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat akibat korupsi.

Pengembalian aset kejahatan

Tindakan represif terhadap kejahatan korupsi tidak hanya dengan menghukum pelaku kejahatan saja, akan tetapi juga dengan upaya mengembalikan aset kejahatan yang dikorup. Secara sederhana pengembalian aset kejahatan didefinisikan sebagai serangkaian tindakan yang meliputi beberapa tahapan yang dimulai dari pelacakan, pembekuan, penyitaan, perampasan, pengelolaan, sampai pada pemanfaatan dan pemeliharaan aset. Pusat Kajian Antikorupsi Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada bekerjasama dengan Kemitraan pada tahun 2008 melakukan kajian perihal Pengembalian Aset Kejahatan. Berdasarkan hasil kajian tersebut ada beberapa prasyarat dalam pengembalian aset kejahatan.⁸

Pertama, kemauan politik negara. Pencurian aset sering kali bertalian dengan suatu rezim otoriter yang korup, sehingga untuk mengembalikan aset-aset yang telah dicuri, salah satu prasyarat yang dibutuhkan adalah kemauan politik Negara, baik itu kemauan politik pemerintah, parlemen maupun lembaga yudikatif. Kemauan politik parlemen berkaitan dengan seperangkat aturan hukum yang harus disiapkan dalam rangka pengembalian aset, sedangkan kemauan politik pemerintah dan lembaga yudikatif dibutuhkan untuk mengambil langkah hukum dalam penegakan aturan tersebut tanpa suatu tekanan psikologis ataupun tekanan politik.⁹ Pengalaman beberapa negara yang berhasil mengembalikan aset-aset yang telah dicuri oleh rezim yang korup dan otoriter menunjukkan kemauan politik negara yang sangat menentukan seperti di Filipina dalam pengembalian aset mantan presiden **Ferdinand Marcos**; di Nigeria dalam pengembalian aset mantan presiden **Sani Abacha**; di Peru dalam pengembalian aset mantan Kepala Intelijen **Vladimiro Montesinos**; dan di Zambia dalam pengembalian aset mantan presiden **Frederick Jacob Titus Chiluba**.

Kedua, sistem hukum. Terkait pengembalian aset, yang sangat dipentingkan adalah harmonisasi perundang-undangan dan sistem peradilan. Harmonisasi bertujuan agar tidak terjadi tumpang tindih antarberbagai undang-undang, karena dalam konteks Indonesia, kejahatan

8 Pusat Kajian Antikorupsi Fakultas Hukum UGM bekerjasama dengan Kemitraan melakukan kajian terhadap Pengembalian Aset Kejahatan. Hasil kajian tersebut dibukukan dengan judul "Pengembalian Aset Kejahatan" tahun 2008. Para peneliti juga adalah penulis buku tersebut : Agustinus Pohan, Amien Sunaryadi, Denny Indrayana, Eddy O.S Hiariej, Saldi Isra, Sigit Riyanto, Teten Masduki, Yenti Garnasih dan Zainal Atifin Mochtar.

9 Agustinus Pohan, Amien Sunaryadi, Denny Indrayana, Eddy O.S Hiariej, Saldi Isra, Sigit Riyanto, Teten Masduki, Yenti Garnasih dan Zainal Atifin Mochtar, 2008, *Pengembalian Aset Kejahatan*, Pusat Kajian Antikorupsi Fakultas Hukum UGM bekerjasama dengan Kemitraan, hlm. 16.

yang berpotensi mencuri aset negara mempunyai rezim hukum tersendiri sehingga proses penegakan hukum terhadap kejahatan-kejahatan tersebut berbeda antara satu dengan yang lain.¹⁰ Sebagai misal, pengembalian aset kejahatan korupsi perlu dilakukan harmonisasi mengingat proses penegakan hukum terhadap koruptor tidak hanya menjadi kewenangan Komisi Pemberantasan Korupsi semata tetapi juga menjadi kewenangan Kepolisian dan Kejaksaan. Oleh karena itu, proses pengembalian aset kejahatan korupsi harus dilakukan secara efisien, efektif dan koordinatif di antara institusi penegak hukum yang memiliki kewenangan untuk itu dengan pembagian tugas yang proporsional dan profesional.

Ketiga, kerjasama kelembagaan. Berkaitan dengan pengembalian aset kejahatan, kerjasama kelembagaan yang dimaksud adalah kerjasama antarlembaga yudisial dan lembaga-lembaga ekstra yudisial. Hal ini karena pengembalian aset tidak selamanya berkaitan dengan kejahatan, dapat saja aset tersebut berada dalam rezim hukum keperdataaan sehingga tidak menutup kemungkinan adanya gugatan pihak ketiga terhadap aset tersebut. Selain itu, tidak selamanya pula aset yang akan dikembalikan berwujud uang, deposito, giro atau sejenisnya, tetapi aset tersebut juga dapat berwujud benda termasuk di antaranya adalah tanah. Jika aset yang akan dikembalikan berwujud tanah, maka perlu adanya kerjasama dengan Badan Pertanahan Nasional . Jika aset yang dicuri kemudian ‘dicuci’ seolah-olah aset yang legal, maka kerjasama Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan (PPATK) sangat dibutuhkan.¹¹

Keempat, kerjasama internasional. Dalam rangka pengembalian aset kejahatan, kerjasama internasional mutlak diperlukan karena aset yang dicuri biasanya disimpan di luar wilayah teritorial Indonesia. Di samping itu pengembalian aset merupakan tujuan dan salah satu prinsip dalam *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) yang telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 dengan tujuan utama kerjasama internasional dalam pemberantasan korupsi¹². Berkaitan dengan kerjasama internasional, paling tidak ada dua prinsip yang harus dipenuhi, yaitu prinsip kepercayaan dan prinsip resiprokal. Prinsip kepercayaan didasarkan pada adagium *omnia praesumuntur rite esse acta* yang berarti adanya kepercayaan penuh bahwa di luar wilayah teritorial suatu negara semua telah ditetapkan secara benar atas dasar suatu kerja sama.¹³ Sedangkan prinsip resiprokal atau

10 *Ibid*, hlm. 18.

11 *Ibid*, hlm. 25.

12 *Ibid*, hlm. 26.

13 Jan Remmeling, 2003, *Hukum Pidana : Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 401.

prinsip timbal balik adalah jika suatu negara mengharapkan perlakuan yang baik dari negara lain maka negara tersebut juga harus memberi perlakuan yang baik terhadap negara lain.

Selanjutnya pengembalian aset kejahatan secara garis besar dapat ditempuh dengan dua cara. *Pertama*, melalui sarana hukum keperdataan atau *civil based forfeiture* atau *non-conviction based forfeiture* (NCB). *Kedua*, melalui sarana hukum pidana atau *criminal based forfeiture* (CB). Pengembalian aset kejahatan melalui sarana hukum keperdataan sejak lama telah diterapkan di Amerika dan Inggris.¹⁴ Sedangkan di Indonesia pengembalian aset kejahatan hanya melalui sarana hukum pidana. Artinya, pengembalian aset kejahatan baru dapat dilaksanakan berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap sehingga membutuhkan waktu yang relatif lama. Di Indonesia sampai dengan saat ini, semua undang-undang yang ada belum mengatur secara khusus mengenai lingkup pengertian istilah "*Asset Recovery*" sebagaimana tercantum dalam Bab V UNCAC. Pengaturan yang ada baru sebatas perampasan aset tindak pidana dengan dua model. *Pertama*, perampasan dalam pengertian penyitaan terhadap harta kekayaan yang digunakan untuk melakukan tindak pidana (*instrumentum sceleris*). *Kedua*, perampasan dalam pengertian penyitaan terhadap objek yang berhubungan dengan tindak pidana (*objectum sceleris*). Sedangkan penyitaan terhadap hasil tindak pidana (*fructum sceleris*) belum diatur secara rinci dan memadai termasuk proses pembuktian terbalik dalam perampasan aset tindak pidana. Baik *instrumentum sceleris*, *objectum sceleris*, maupun *fructum sceleris* di Indonesia, Amerika dan Inggris hanya ditujukan untuk kepentingan negara semata-mata dan belum ditujukan untuk kepentingan korban tindak pidana sebagaimana yang diatur dalam Hukum Pidana di Belgia dan Belanda. Penyitaan dan perampasan terhadap *fructum sceleris* di Belgia dan Belanda ditujukan untuk kompensasi kepada korban tindak pidana.¹⁵

Hal-hal fundamental dan parameter pembuktian

Salah satu masalah pokok dalam pengembalian aset kejahatan, baik melalui sarana hukum perdata maupun sarana hukum pidana adalah masalah pembuktian. Secara sederhana, kata "bukti" diartikan sebagai sesuatu yang menyatakan kebenaran suatu peristiwa atau segala sesuatu yang memperlihatkan kebenaran fakta tertentu atau ketidakbenaran fakta lain oleh para pihak dalam perkara pengadilan, guna memberi

14 Romli Atmasasmita, Dilema Pembuktian Terbalik, KOMPAS, 4 Februari 2011, hlm. 6.

15 Romli Atmasasmita, *Perampasan Aset Melalui Pembuktian Terbalik : Studi Perbandingan Hukum Pidana*, Makalah pada Focus Group Discussion yang diselenggarakan oleh Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia, Hotel Borobudur, Jakarta, 10 Maret 2011, hlm. 6.

bahan kepada hakim bagi penilaianya.¹⁶ Sedangkan membuktikan berarti memperlihatkan bukti dan pembuktian diartikan sebagai proses, perbuatan atau cara membuktikan.¹⁷ Membuktikan mempunyai beberapa pengertian. *Pertama*, membuktikan dalam arti logis yaitu memberikan kepastian yang bersifat mutlak yang berarti tidak memungkinkan adanya bukti lawan. *Kedua*, pembuktian dalam arti konvensional ialah memberikan kepastian yang bersifat nisbi yakni kepastian yang didasarkan atas perasaan semata-mata atau *conviction intime* dan kepastian yang didasarkan atas pertimbangan akal yang biasa disebut *conviction raisonee*. *Ketiga*, membuktikan dalam arti yuridis ialah memberi dasar-dasar yang cukup kepada hakim untuk memberi kepastian tentang kebenaran peristiwa hukum yang diajukan.¹⁸

Pembuktian merupakan hal yang sangat krusial dalam menyelesaikan suatu permasalahan hukum. Pembuktian merupakan jantung dalam persidangan suatu perkara di pengadilan karena berdasarkan pembuktianlah hakim akan mengambil putusan mengenai benar – salahnya atau menang – kalahnya seseorang dalam berperkara. Pembuktian tidaklah mungkin terlepas dari hukum pembuktian itu sendiri sebagai ketentuan-ketentuan pembuktian yang meliputi alat bukti, barang bukti, cara mengumpulkan dan memperoleh bukti sampai pada penyampaian bukti di pengadilan serta kekuatan pembuktian dan beban pembuktian.

Ada empat hal terkait konsep pembuktian yang sangat fundamental.¹⁹ *Pertama*, suatu bukti haruslah relevan. Artinya, bukti tersebut berkaitan dengan fakta-fakta yang menunjuk pada suatu kebenaran dari suatu peristiwa hukum yang sedang disengketakan di pengadilan. *Kedua*, suatu bukti haruslah dapat diterima (*admissible*). Bukti yang dapat diterima dengan sendirinya relevan.²⁰ Namun tidak sebaliknya, suatu bukti yang relevan, belum tentu dapat diterima. Tegasnya, *principles* dari bukti yang diterima adalah bukti yang relevan.²¹ *Ketiga*, apa yang disebut sebagai *exclusionary rules* atau *exclusionary discretion*. **Phyllis B. Gerstenfeld** mendefinisikan *exclusionary rules* sebagai prinsip hukum yang mensyaratkan tidak diakuinya bukti yang diperoleh secara melawan

16 Andi Hamzah, 1986, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, hlm. 83.

17 Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan, 1990, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, hlm. 133.

18 Sudikno Mertokusumo dalam H. Anshoruddin, 2004, *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam Dan Hukum Positif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 27-28.

19 Ian Dennis, 2007, *The Law Evidence, third edition*, Sweet and Maxwell, London, hlm 3 – 4

20 Arthur Best, 1994, *Evidence : Examples And Explanations*, Little, Brown And Company, Boston – New York – Toronto – London, hlm. 1.

21 Ian Dennis, Loc.Cit.

hukum.²² **Keempat**, adalah evaluasi terhadap bukti. Artinya, hakim harus menilai setiap alat bukti yang diajukan ke pengadilan, kesesuaian antara bukti yang satu dengan bukti yang lain dan kemudian akan menjadikan bukti-bukti tersebut sebagai dasar pertimbangan hakim dalam mengambil putusan.

Menurut **William R. Bell**, ada lima faktor yang berkaitan dengan pembuktian²³ **Pertama**, bukti harus relevan atau berhubungan. **Kedua**, bukti harus dapat dipercaya (*reliable*). Dengan kata lain, bukti tersebut dapat diandalkan sehingga untuk memperkuat suatu bukti harus didukung oleh bukti-bukti lainnya atau *corroborating evidence*²⁴. **Ketiga**, bukti tidak boleh didasarkan pada persangkaan yang tidak semestinya atau *unfair prejudice*. Artinya, bukti tersebut bersifat objektif dalam memberikan informasi mengenai suatu fakta. **Keempat**, dasar pembuktian yakni bahwa pembuktian haruslah berdasarkan alat-alat bukti yang sah. **Kelima**, berkaitan dengan cara mencari dan mengumpulkan bukti harus dengan cara-cara yang sesuai dengan hukum.²⁵

Selain empat konsep fundamental dan faktor-faktor yang berkaitan dengan pembuktian, juga terdapat parameter dalam pembuktian. Paling tidak ada enam hal yang menjadi parameter dalam pembuktian. **Pertama**, apa yang disebut sebagai *bewijstheorie*, adalah teori pembuktian yang dipakai sebagai dasar pembuktian oleh hakim di pengadilan. Dalam konteks perkara perdata di Indonesia, teori pembuktian yang dipakai adalah *positief wettelijk bewijstheorie* yang mana hakim terikat secara positif kepada alat bukti menurut undang-undang. Artinya, jika dalam pertimbangan, hakim telah menganggap suatu perbuatan terbukti sesuai dengan alat-alat bukti yang disebut dalam undang-undang tanpa diperlukan keyakinan, hakim dapat menjatuhkan putusan. Sedangkan dalam konteks perkara pidana di Indonesia, teori pembuktian yang dipakai adalah *negatief wettelijk bewijstheorie*. Dalam teori pembuktian ini, dasar pembuktian itu menurut pada keyakinan hakim yang timbul dari alat-alat bukti dalam undang-undang secara negatif. Pembuktian yang demikian bukanlah pembuktian yang mudah karena di satu sisi secara objektif hakim harus berpegang kepada alat bukti yang sah, namun di sisi lain keyakinan hakim yang sangat subjektif sifatnya harus menentukan benar – salahnya terdakwa.

22 Phyllis B. Gerstenfeld, 2008, *Crime & Punishment In The United States*, Salem Press, Inc., Pasadena California, hlm. 348

23 William R. Bell, 2002, *Practical Criminal Investigations in Correctional Facilities*, CRC Press, Boca Raton – New York, hlm. 115

24 Richard A. Leo, 2008, *Police Interrogation And American Justice*, 2008, Harvard University Press, England, hlm. 195

25 William R. Bell, *Loc.Cit.*

Kedua, bewijsmiddelen yaitu alat-alat bukti yang digunakan untuk membuktikan telah terjadi suatu peristiwa hukum. Apa saja yang merupakan alat bukti yang sah di pengadilan, semuanya diatur dalam hukum acara masing-masing. Dalam penyelesaian perkara perdata, alat bukti yang sah digunakan adalah bukti tulisan; bukti dengan saksi-saksi; persangkaan-persangkaan; pengakuan; sumpah dan ahli. Berbeda dengan penyelesaian perkara pidana yang menggunakan lima alat bukti yang sah, masing-masing alat bukti keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk dan keterangan terdakwa. Berdasarkan *due process of law* sebagai prinsip-prinsip dalam hukum acara yang berlaku secara universal, mengakui adanya empat alat bukti yaitu saksi, ahli, dokumen dan *real evidence* atau *physical evidence* yang dalam konteks hukum acara di Indonesia dikenal dengan istilah ‘barang bukti’.

Ketiga, bewijsvoering yang diartikan sebagai penguraian cara bagaimana alat-alat bukti diperoleh, dikumpulkan dan disampaikan di depan sidang pengadilan. Dalam *due process model*, negara begitu menunjukkan tinggi hak asasi manusia sehingga semata-mata menitikberatkan pada hal-hal yang bersifat formalistik. Konsekuensi selanjutnya, sering kali mengesampingkan kebenaran dan fakta yang ada. *Keempat, bewijslast* atau *burden of proof* adalah pembagian beban pembuktian yang diwajibkan oleh undang-undang untuk membuktikan suatu peristiwa hukum. Dalam perkara perdata, yang diembani kewajiban untuk membuktikan adalah pihak yang mendalihkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak atau untuk mengukuhkan haknya sendiri maupun membantah suatu hak orang lain yang menunjuk pada suatu peristiwa. Hal ini berdasarkan asas *actori incumbit probatio* yang berarti siapa yang menggugat dialah yang wajib membuktikan. Demikian pula dalam perkara pidana berlaku asas *actori incumbit onus probandi* yang berarti siapa yang menuntut dialah yang wajib membuktikan sehingga jaksa penuntut umumlah yang diwajibkan membuktikan kesalahan terdakwa. Kelanjutan dari asas *actori incumbit onus probandi* adalah asas *actore non probante, reus absolvitur* yang berarti jika tidak dapat dibuktikan, terdakwa harus dibebaskan.

Kelima, bewijskracht yang dapat diartikan sebagai kekuatan pembuktian dari masing-masing alat bukti. Penilaian tersebut merupakan otoritas hakim yang menilai dan menentukan kesesuaian antara alat bukti yang satu dengan alat bukti yang lain. Dalam hukum acara pidana, kekuatan semua alat bukti pada hakikatnya adalah sama dan tidak mengenal adanya hierarkis. Dalam hukum acara perdata, meskipun tidak mengenal hierarkitas alat bukti, namun alat bukti tertulis mempunyai kedudukan yang sangat kuat. Terlebih akta *authentik* adalah *probatio plena* yang berarti mempunyai kekuatan pembuktian penuh dan sempurna yang kedudukannya sangat kuat kecuali dapat dibuktikan sebaliknya. *Keenam, bewijs minimum* atau bukti minimum yang diperlukan dalam

pembuktian untuk mengikat kebebasan hakim. Berkaitan dengan *bewijs minimum*, juga dikenal istilah *probative evidence*. Artinya, bukti probatif cenderung membuktikan proporsi suatu isu dalam sebuah kasus. Tegasnya, memberikan kesempatan kepada *triers of fact* atau hakim yang memeriksa fakta untuk menyimpulkan sebuah fakta penting agar dapat diterima di pengadilan, nilai probatif suatu bukti harus memiliki bobot yang melebihi nilai prejudisialnya.

Pembuktian terbalik

Persoalan beban pembuktian dalam perkembangannya, tidak hanya menjadi domain jaksa penuntut umum semata tetapi juga terdakwa atau penasihat hukumnya saling membuktikan di depan persidangan. Jaksa penuntut umum akan membuktikan kesalahan terdakwa, sebaliknya terdakwa atau penasihat hukum akan mengajukan bukti bahwa dia tidak melakukan tindak pidana yang didakwakan. Suatu kondisi yang mana jaksa penuntut umum dan terdakwa sama-sama membuktikan di sidang pengadilan dinamakan asas pembalikan beban pembuktian “berimbang” seperti dikenal di Amerika Serikat dan juga di Indonesia.²⁶ Bukti yang diajukan oleh terdakwa yang menunjukkan bahwa dia tidak bersalah melakukan suatu kejahatan dikenal dengan istilah *exculpatory evidence*.²⁷ Artinya, bukti yang diajukan cenderung meniadakan atau mengurangi kesalahan terdakwa.²⁸

Beban pembuktian bila dilihat berdasarkan tolak ukur jaksa penuntut umum dan terdakwa dapat dibagi menjadi 2 (dua). *Pertama*, sistem beban pembuktian konvensional yang mewajibkan jaksa penuntut umum untuk membuktikan kesalahan terdakwa. *Kedua*, teori pembalikan beban pembuktian yang dalam aspek ini dapat dibagi menjadi teori pembalikan beban pembuktian yang bersifat absolut dan teori pembalikan pembuktian yang bersifat terbatas dan berimbang.²⁹ Bila dikaitkan dengan pembuktian dalam perkara tindak pidana korupsi, sejak berlakunya Undang-Undang nomor 3 tahun 1971 telah digunakan pembalikan pembuktian yang bersifat terbatas dan berimbang. Dalam undang-undang *a quo*, pembuktian yang dilakukan oleh terdakwa adalah suatu hak. Jika terdakwa melepaskan hak tersebut atau sebaliknya terdakwa menggunakan hak tersebut namun tidak dapat membuktikan bahwa dia

26 Lilik Mulyadi, 2007, *Pembalikan Beban Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Penerbit P.T. Alumni Bandung, hlm. 103.

27 Mark Constantzo, 2006, *Aplikasi Psikologis Dalam Sistem Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 500.

28 Joshua Dressler (Edt), 2002, *Encyclopedia Of Crime & Justice, Second Edition, volume 2 : Delinquent & Criminal Subcultures-Juvenile Justice : Institutions*, Gale Group Thomson Learning, New York, hlm. 195.

29 Lilik Mulyadi, *Op.Cit.*, hlm. 104

tidak bersalah, maka kondisi ini dianggap sebagai hal yang memberatkan terdakwa. Sebaliknya, jika terdakwa dapat mengajukan bukti-bukti yang menunjukkan bahwa dia tidak bersalah, maka hal itu dianggap sebagai hal yang meringankan baginya. Dalam konteks teori, ketika terdakwa menawarkan bukti-bukti baru dalam persidangan untuk menghindari hukuman berat atau menerima beban pembuktian pembelaannya, dikenal dengan istilah *affirmative defense*.³⁰

Berkaitan pembalikan beban pembuktian atau *reversal of burden of proof* atau *omkering van bewijslast* adalah kewajiban terdakwa untuk membuktikan bahwa dia tidak bersalah melakukan kejahatan. Saat ini dalam konteks perundang-undangan di Indonesia, dalam hal pembuktian terbalik absolut, terdakwa diembani kewajiban untuk membuktikan bahwa harta yang dimiliki bukan berasal dari kejahatan dianut dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 Tentang Pencegahan Dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang. Pasal 77 undang-undang *a quo* menyebutkan, “*Untuk kepentingan pemeriksaan di sidang pengadilan, terdakwa wajib membuktikan bahwa harta kekayaan bukan merupakan hasil tindak pidana*”. Sayangnya, berdasarkan Pasal 77 *juncto* Pasal 78 undang-undang tersebut tidak diatur prosedur beracaranya atau setidak-tidaknya mengatur konsekuensi dari pembuktian terbalik tersebut.

Semestinya undang-undang tersebut tegas mengatur konsekuensi dari pembuktian terbalik yang dilakukan oleh terdakwa. Ada dua kemungkinan, terdakwa tidak dapat membuktikan bahwa harta kekayaan yang dimilikinya bukan berasal dari hasil kejahatan ataukah terdakwa dapat membuktikan bahwa harta kekayaan yang dimilikinya bukan berasal dari hasil kejahatan. Jika terdakwa tidak dapat membuktikan, maka hakim dapat menjatuhkan pidana dan memerintahkan perampasan terhadap harta tersebut. Sebaliknya, jika terdakwa dapat membuktikan, maka jaksa penuntut umum wajib mengajukan bukti yang ada padanya bahwa harta kekayaan terdakwa berasal dari hasil kejahatan. Artinya, jaksa penuntut umum yang mendakwa tetap harus membekali diri dengan sejumlah alat bukti untuk membuktikan dakwaannya. Apabila terdakwa dapat membuktikan bahwa dia tidak bersalah, sedangkan jaksa penuntut umum pun dapat membuktikan bahwa terdakwa bersalah, maka penilaian terhadap bukti-bukti yang ada dalam persidangan dikembalikan kepada hakim.

Pembuktian terbalik juga diatur dalam Pasal 31 angka 8 UNCAC yang menyatakan, “*Negara-Negara Pihak dapat mempertimbangkan kemungkinan untuk mensyaratkan bahwa seorang pelaku memperlihatkan asal-usul yang sah dari hasil-hasil kejahatan yang disangka atau kekayaan lain yang dikenai tanggung jawab terhadap perampasan, sepanjang persyaratan tersebut*

30 Mark Constanzo, *Op.Cit.*, hlm. 493.

sesuai dengan prinsip-prinsip dasar hukum nasional mereka dan dengan sifat proses pengadilan dan proses lainnya". Konstruksi pasal yang demikian mencerminkan sikap peserta konvensi yang tidak sepenuhnya menyetujui ketentuan tersebut dimasukkan sebagai bagian dari konvensi dengan pertimbangan bahwa ketentuan pembuktian terbalik melanggar asas praduga tak bersalah dan prinsip "*the privilege against self-incrimination*". Akan tetapi untuk mengakomodasi peserta yang menghendaki ketentuan tersebut dimasukkan ke dalam konvensi, maka disusunlah rumusan kalimat yang tidak bersifat "wajib untuk dilaksanakan (*non-mandatory obligations*)".³¹

Pembuktian terbalik dalam pengembalian aset kejahatan korupsi, seperti yang telah diutarakan di atas bahwa hal tersebut dapat digunakan melalui sarana hukum perdata maupun melalui sarana hukum pidana. Pengembalian aset kejahatan korupsi tanpa melalui penuntutan pidana secara implisit tercantum dalam Pasal 51 ayat (1) UNCAC perihal bantuan hukum timbal balik di antara setiap negara peserta konvensi berkenaan dengan kekayaan yang diperoleh, melalui atau terlibat dalam kejahatan yang ditetapkan dalam UNCAC. Model pengembalian aset dalam UNCAC dikenal dengan istilah *non-conviction based forfeiture* atau *in rem forfeiture* yang memisahkan secara tegas antara aspek "pemilik aset" di satu sisi, dan aspek "aset tindak pidana" di sisi lain. Pengembalian aset yang berasal dari tindak pidana melalui jalur keperdataan dengan menggunakan pembuktian terbalik tidak serta merta melanggar asas praduga tak bersalah atau *privileged against self-incrimination*, meskipun tidak perlu dibuktikan kesalahan terdakwa.

Praktik *non-conviction based forfeiture* juga diterapkan di Amerika Serikat, Inggris, dan beberapa negara Eropa lainnya. Model pengembalian aset kejahatan korupsi melalui *non-conviction based forfeiture* dengan pembuktian terbalik tidak melanggar Hak Asasi Manusia karena didasarkan pada teori *balanced probability principle*. Teori tersebut memisahkan antara aset tindak pidana dan pemiliknya. Hal itu didasarkan premis bahwa perlindungan hak terdakwa untuk dianggap tidak bersalah (praduga tak bersalah) dan prinsip *non-self incrimination* harus diimbangi kewajiban terdakwa membuktikan asal-usul aset yang dimilikinya. Teori ini masih memberikan jaminan perlindungan hak asasi tersangka untuk dianggap tidak bersalah, sebaliknya tidak memberikan jaminan perlindungan hak kepemilikan terdakwa atas aset yang diduga berasal dari tindak pidana, kecuali yang bersangkutan dapat membuktikan sebaliknya.³²

Pembuktian terbalik dalam rangka pengembalian aset kejahatan korupsi melalui sarana hukum pidana dapat saja dilakukan dengan

31 Romli Atamasasmita, *Perampasan Aset ...*, Op. Cit., hlm. 14.

32 Romli Atmasasmita, *Dilema Pembuktian ...*, Loc.Cit.

mengingat sifat dan karakter kejahatan korupsi sebagai kejahatan luar biasa oleh karena dibutuhkan cara-cara yang luar biasa pula dalam menanggulanginya. Pembuktian terbalik dalam rangka pengembalian aset kejahatan korupsi hanya dikhususkan bagi tindakan-tindakan yang dikualifikasi sebagai *illicit enrichment* atau perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri secara tidak sah. Pembuktian terbaik dalam pengembalian aset kejahatan korupsi melalui sarana hukum pidana dilakukan bersamaan dengan pokok perkara korupsi yang sedang diproses. Artinya, pengembalian aset dapat dilakukan setelah putusan mempunyai kekuatan hukum tetap.

Kesimpulan

Pembuktian terbalik dalam pengembalian aset kejahatan korupsi sampai dengan saat ini belum diatur secara jelas dan rinci. Pengembalian aset kejahatan korupsi yang saat ini berlaku di Indonesia hanya melalui sarana hukum pidana dengan membuktikan terlebih dulu kesalahan tersangka/terdakwa melalui putusan pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali jika tersangka atau terdakwa meninggal dunia, maka dapat dilakukan gugatan perdata. Sistem pembuktian terbalik secara keperdataan yang telah dipraktikkan di beberapa negara seperti Amerika, Inggris dan beberapa negara Eropa lainnya dapat dijadikan rujukan pemberlakuan pembuktian terbalik dalam pengembalian aset kejahatan korupsi. Pengaturan pembuktian terbalik untuk mengembalikan aset kejahatan korupsi berikut prosedur acaranya harus dimuat dalam undang-undang sebagai suatu pengecualian prosedur pembuktian yang berlaku pada umumnya dengan mengingat sifat dan karakter korupsi sebagai kejahatan luar biasa yang bersifat internasional.

REFERENSI

Anshoruddin, H., 2004, *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam Dan Hukum Positif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Atmasasmita, Romli, Dilema Pembuktian Terbalik, *KOMPAS*, 4 Februari 2011.

Atmasasmita, Romli, *Perampasan Aset Melalui Pembuktian Terbalik: Studi Perbandingan Hukum Pidana*, Makalah pada Focus Group Discussion yang diselenggarakan oleh Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia, Hotel Borobudur, Jakarta, 10 Maret 2011.

Background Paper Declaration of 8 International Conference Against Corruption
di Lima, Peru.

Bassiouni, M. Cherif, 2003, *Introduction To International Criminal Law*,
Transnational Publisher, Inc. Ardsley, New York.

Bell, William R. 2002, *Practical Criminal Investigations in Correctional Facilities*, CRC Press, Boca Raton – New York.

Best, Arthur 1994, *Evidence : Examples And Explanations*, Little, Brown And Company, Boston – New York – Toronto – London.

Constanzo, Mark 2006, *Aplikasi Psikologis Dalam Sistem Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Dennis, Ian 2007, *The Law Evidence, third edition*, Sweet and Maxwell, London.

Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1990, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka.

Dressler, Joshua (Edt), 2002, *Encyclopedia Of Crime & Justice, Second Edition, volume 2: Delinquent & Criminal Subcultures-Juvenile Justice : Institutions*, Gale Group Thomson Learning, New York.

Gerstenfeld, Phyllis B. 2008, *Crime & Punishment In The United States*, Salem Press, Inc., Pasadena California.

Hamzah, Andi 1986, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia.

Hiariej, Eddy O.S, Korupsi Partai Politik, KOMPAS, 3 Agustus 2011.

Isra, Saldi dan Hiariej, Eddy O.S, *Perspektif Hukum Pemberantasan Korupsi di Indonesia*, dalam Wijayanto dan Ridwan Zachrie (Editor), 2009, *Korupsi Mengorupsi Indonesia : Sebab, Akibat dan Prospek Pemberantasan*, Penerbit PT Gramedia Pustaka Umum Jakarta

Leo, Richard A. 2008, *Police Interrogation and American Justice*, 2008, Harvard University Press, England.

Mulyadi, Lilik, 2007, *Pembalikan Beban Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Penerbit P.T. Alumni Bandung.

Pohan, Agustinus; Sunaryadi, Amien; Indraynana, Denny; Hiariej, Eddy O.S; Isra, Saldi; Riyanto, Sigit; Masduki, Teten; Garnasih, Yenti dan Mochtar, Zainal Atifin, 2008, *Pengembalian Aset Kejahatan*, Pusat Kajian Antikorupsi Fakultas Hukum UGM bekerjasama dengan Kemitraan.

Remmelink, Jan 2003, *Hukum Pidana : Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.

Eddy O.S Hiariej

Sahetapy, J.E., 1997, *Kejahatan Gotong Royong*, Makalah Diskusi Panel
Fakultas Hukum, 22 November 1997.

BAGIAN 4

HUKUMAN

SUATU TINJAUAN ATAS EFEKTIVITAS PEMIDANAAN

Topo Santoso

Tulisan ini membahas mengenai efektivitas pemidanaan, fokusnya diarahkan kepada fungsi penangkalan (*deterrence*) dari pemidanaan (khususnya *special deterrence*). Di dalamnya akan dibahas permasalahan kejahatan yang kian menakutkan, hubungan antara hukuman dan penangkalan (*deterrence*), penangkalan dan angka residivisme, hukuman dan lembaga pemsyarakatan. Untuk memberikan gambaran yang lebih kuat, dipaparkan juga beberapa studi mengenai hubungan antara pemidanaan dengan residivisme. Akhirnya tulisan ini akan ditutup dengan beberapa kendala dalam pemsyarakatan terpidana.

1. Permasalahan kejahatan

Jika membaca berita di media massa, salah satunya adalah mengenai kian maraknya kejadian-kejadian kriminalitas yang terjadi khususnya di kota-kota besar. Terkadang beberapa kota melaporkan terjadinya kenaikan angka kejahatan, terkadang ada yang menyampaikan turunnya angka kejahatan. Jika angka-angka itu memang akurat, tentu kita kadang menjadi cemas karena angka kejahatan naik, tetapi terkadang kita juga boleh sedikit lega bahwa kejahatan turun. Namun, perlu kita cermati apakah statistik kriminal seperti itu merupakan refleksi dari realitas kejahatan di tengah kita ? Apakah angka-angka itu pada gilirannya berdampak pada rasa aman dan rasa takut (*fear of crime*) masyarakat?

Mengapa kita perlu membaca statistik kejahatan ? Menurut prof. Mardjono Reksodiputro, Guru Besar Ilmu Hukum Universitas Indonesia, hal itu tidak lepas dari upaya pencegahan kejahatan. Menurutnya, pencegahan kejahatan yang efisien dan efektif harus didasarkan kepada pengetahuan dan pengertian mengenai masalah kejahatan tersebut. Mengingat sifat dari usaha yang dilakukan untuk pencegahan kejahatan, maka nilai dari statistik kejahatan, sering disamakan dengan nilai 'neraca dan perhitungan Laba-Rugi' untuk suatu perusahaan yang berusaha

memperoleh keuntungan.¹

Uraian di atas menunjukkan pentingnya statistik kejahatan. Meski tidak semua jenis kejahatan diungkap dalam sampel kejahatan serius di suatu negara, namun kejahatan-kejahatan itu dianggap cermin pengukuran kriminalitas dalam masyarakat. Sebagai perbandingan, Amerika Serikat memilih hanya tujuh macam kejahatan sebagai sampel. Kejahatan-kejahatan ini dinamakan ‘Part I Offenses’ atau ‘Index Crimes’. Pada dasarnya hanya ‘index crimes’ inilah yang diminta dan dipergunakan sebagai pengukuran kriminalitas di negara itu oleh FBI.² Tujuh macam kejahatan itu adalah *Criminal homicide* (pembunuhan), *forcible rape* (perkosaan), *Robbery* (perampokan), *Aggravated Assault* (penyerangan berat), *Burglary* (pencurian dengan membongkar rumah), *Larceny-Theft* (pencurian), dan *Autotheft* (pencurian kendaraan).

Di negara-negara lain, sampel dari kejahatan yang serius di atas mungkin saja berbeda. Meski demikian, tidak bisa dipungkiri adanya kesamaan dari semua angka-angka kejahatan itu, yaitu bahwa jumlah kejahatan yang sesungguhnya (*the actual amount of crime*) yang terjadi di setiap masyarakat adalah tidak diketahui. Kejahatan-kejahatan tetaplah tersebunyi dari pandangan para penegak hukum, karena tidak ada saksi atau tidak dilaporkan ke polisi. Jumlah kejahatan yang tercatat (*recorded*) hanyalah bagian dari *actual crime* yang secara resmi diketahui oleh polisi.

Apakah turunnya angka kejahatan berkorelasi dengan turunnya *fear of crime* dan meningkatnya rasa aman masyarakat? Apakah hal itu mempengaruhi persepsi masyarakat terhadap kejahatan? Dalam *The Impact of crime* (1975), Conklin mengungkap bahwa persepsi tentang kejahatan sebagian dipengaruhi oleh kejahatan resmi. Dijelaskannya ada suatu studi pada delapan masyarakat menunjukkan bahwa kejahatan kemungkinan besar menjadi isu politik di kota dengan tingkat kejahatan tinggi dibanding yang sebaliknya. Namun, Conklin juga menegaskan bahwa persepsi tentang kejahatan atau (bahkan) tentang angka kejahatan resmi tidak selalu menggambarkan jumlah kejahatan yang sebenarnya terjadi.

Ketakutan pada kejahatan dapat saja muncul meski kejadian yang sesungguhnya tidak ada. Berita yang beredar luas, merupakan faktor penting munculnya fenomena seperti itu. Dalam konteks inilah, kita hendaknya menyadari bahwa turunnya angka kejahatan seperti ditemukan dalam statistik kejahatan kepolisian tahun 1997 lalu, tidak serta merta menurun-

1 Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Ketiga, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, 1994, hlm. 9-10.

2 Mardjono Reksodiputro, *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*. Kumpulan Karangan Buku Kedua, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, 1994, hlm.16-17.

kan *fear of crime* masyarakat dan meningkatkan rasa aman mereka.

Berita serta ulasan yang kian transparan dan kian sering di media massa cetak atau elektronik tentang berbagai peristiwa kriminalitas di tanah air kita akan dipersepsi sebagai peningkatan kejahatan. Pada gilirannya, tidak mustahil muncul ironi, meski kejahatan turun, masyarakat justru merasa makin tidak aman.

Selain kita mencatat angka kejahatan (*crime rate*), kita juga perlu melihat statistik lainnya yakni mengenai angka residivisme, yakni angka pengulangan kejahatan untuk melihat apakah seorang yang dipidana sebelumnya juga pernah melakukan kejahatan atau untuk mengetahui bagaimana pengaruh pemidanaan terhadap perubahan perilaku seorang narapidana, apakah dia mengulangi lagi ataukah tidak. Dalam konteks itu kita sering menemukan istilah *recidivism rate*. Berita-berita yang muncul di media massa mengenai kejahatan kerap ditambahi dengan informasi bahwa pelakunya seorang residivis, atau ada pula istilah residivis kambuhan.

2. Sistem peradilan pidana

Hingga kini masih banyak suara-suara pesimis tentang eksisnya suatu sistem peradilan pidana yang terpadu (*integrated criminal justice system*) di negara kita. Padahal sistem ini sangat penting dalam menanggulangi kejahatan di setiap negara. Dalam kepustakaan sering disebut bahwa sistem peradilan pidana adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat.³

Sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi berarti disini usaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat. Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan maupun keluhan masyarakat yang menjadi korban kejahatan dapat "diselesaikan", dengan diajukannya pelaku kejahatan ke sidang pengadilan dan diputuskan bersalah serta mendapat pidana.⁴

Di antara tujuan sistem peradilan pidana adalah mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan dan menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi, sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakkan dan yang bersalah dipidana. Dengan meningkatnya kasus kejahatan yang membawa korban, sistem peradilan pidana diharapkan mencapai tujuannya, terutama dalam menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi,

³ Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana*, Op.cit, hlm. 84.

⁴ *Ibid.*

agar kepercayaan masyarakat, terutama kepercayaan korban, meningkat. Sistem ini juga diharapkan mencegah korban-korban baru.

Umumnya, setiap mencuat suatu kasus kejahatan, masyarakat segera mengharap kepolisian bertindak cepat dan lembaga pengadilan menghukum pelaku seadil-adilnya. Tapi, perlu diingat bahwa masih ada komponen lain dari sistem ini, yaitu kejaksaan dan lembaga pemasarakatan. Keempat komponen ini diharapkan bekerja sama secara terpadu. Namun, pada realitasnya hal itu ternyata lebih mudah diucapkan daripada dilaksanakan. Kasus mondar-mandirnya BAP dalam suatu perkara misalnya, kerap dituding sebagai kurangnya saling pengertian sub-sistem kepolisian dan Kejaksaan.

Berbagai masalah dan kendala sering menghantam para aparat penegak hukum kita, seperti polisi, dan lembaga peradilan, hingga lembaga pemasarakatan dalam menjalankan fungsinya sebagai satu sistem yang bertujuan untuk menanggulangi kejahatan. Kasus-kasus yang mendera bagian-bagian dari sistem ini sepertinya tidak pernah habis. Polisi sebagai subsistem terdepan dari sistem ini terus mendapat sorotan, misalnya soal kekerasan yang digunakan polisi dalam menjalankan tugasnya. Pengadilan sebagai sub-sistem lainnya pun tidak kalah mendapat kritik tajam akhir-akhir ini. Isu-isu seputar pengaturan vonis, kolusi, percaloan, dan tiadanya independensi hingga lahirnya putusan-putusan kontroversial, menambah semaraknya tuduhan bagi subsistem ini. Kaburnya beberapa narapidana “penting”, serta diskriminasi perlakuan terhadap beberapa narapidana juga diarahkan kepada subsistem lainnya, yaitu Lembaga Pemasarakatan. Jadi kian lengkaplah kritikan kepada semua bagian sistem ini. Maka, menjadi pertanyaan apakah dengan keadaan demikian sistem ini dapat berhasil dalam tugasnya.

Adalah tidak mudah merumuskan apakah tugas serta fungsi penegakan hukum tersebut sudah tercapai atau belum. Namun masyarakat awam yang mengikuti permasalahan kriminalitas melalui media massa, tidak akan peduli dengan berbagai analisa rumit. Bila realitasnya fenomena kejahatan dan pelanggaran hukum meruyak, masyarakat akan cepat berkesimpulan bahwa sistem ini telah gagal menjalankan fungsinya. Begitu pula, masyarakat bisa menjadi ragu-ragu akan ketangguhan dan kepertamaan para petugas yang kelihatan masih “bingung” aturan mana yang akan dipakai serta siapa yang harus menangani suatu kasus.

Memang kita tak bisa mengharap semua bagian dari sistem peradilan pidana akan berpandangan sama dalam melihat setiap persoalan. Tetapi untuk suatu tugas utama seperti penyidikan ini, perbedaan itu bisa fatal, sebab bisa jadi tujuan penegakan hukum (misalnya dalam penanggulangan korupsi), akan dikalahkan oleh “ribut” benar-salahnya secara prosedural. Tampaknya perlu diingatkan kembali bahwa sistem ini memiliki tujuan sama dalam menanggulangi kejahatan, jadi persoalan yang

ada perlu segera dipecahkan agar tujuan ini tidak semakin menjauh.

Proses perkara pidana biasa dimulai ketika seseorang masuk ke dalam sistem peradilan pidana sebagai seorang tersangka; selanjutnya ia diajukan ke pengadilan sebagai terdakwa, dan jika terbukti maka ia dapat dijatuhi pidana, yang umumnya adalah penjara.⁵ Hukuman dijatuhkan kepada seseorang yang terbukti melakukan tindak pidana dengan berbagai argumen, antara lain agar si pelaku tertangkal dan tidak mengulangi lagi perbuatan jahatnya (*special deterrence*). Umumnya orang mengukur keberhasilan atau efektivitas pemidanaan itu dengan angka residivisme. Jika angka residivisme tinggi maka pemidanaan dianggap gagal atau tidak berhasil mencapai tujuannya. Sebaliknya jika angka residivisme rendah maka proses pemidanaan itu dianggap berhasil. Masalahnya, tidak selalu mudah melihat hubungan antara proses pemidanaan itu dengan angka residivisme. Jadi, kita mesti mempelajari berbagai hal terkait dengan fungsi penangkalan (*deterrence*) dari pemidanaan itu.

3. Fungsi pemidanaan dan efektivitasnya

Banyak perhatian tentang sistem peradilan pidana diarahkan pada fenomena pemidanaan. Mengenai untuk apa pemidanaan dilakukan, banyak teorinya tetapi teori-teori pemidanaan cenderung mengerucut pada dua pendekatan dasar: *Reductionist* dan *Retributivist*. Pendekatan Reduksi (*The reductionist approach*) melihat pemidanaan sebagai suatu alat kontrol sosial yang dirancang untuk mengurangi perbuatan anti sosial (*instrument of social control designed to reduce antisocial activity*), dimana umumnya hal itu dilakukan melalui pengisolasian dan deterrence, disamping itu juga bisa dilakukan melalui rehabilitasi dan pendidikan. Sedangkan pendekatan pembalasan (*The retributivist approach*) memandang pemidanaan sebagai suatu tanggapan moral yang pantas dan/atau diperlukan terhadap tindakan terlarang.⁶ Di antara berbagai jenis pemidanaan, pidana penjara (pemasyarakatan) merupakan yang paling populer, dan jumlah penghuninya terus meningkat.

Di antara berbagai jenis pemidanaan, pidana penjara (pemasyarakatan) merupakan yang paling populer, dan penghuninya meningkat terus. Dewasa ini, lebih dari 9,8 juta orang berada di penjara/ Lembaga Pemasyarakatan di seluruh dunia. Penghuni penjara meningkat di berbagai bagian dunia; jumlah mereka meningkat 73 persen secara total di seluruh dunia.⁷

5 *Ia juga bisa dihukum denda, kurungan, ataupun bentuk hukuman lainnya sesuai undang-undang yang berlaku.*

6 Wilson, William, *Central Issues in Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2002, hlm. 43.

7 Pakes, Francis, *Comparative Criminal Justice*. 2nd Edition, Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2010, hlm.128-129.

Pemidanaan, dalam arti suatu jenis sanksi yang dijatuhkan kepada seorang pelaku kejahatan, terdiri atas lima unsur: (1) ia harus mengandung suatu hal yang tidak mengenakan bagi yang dijatuhi; (2) ia harus dijatuhkan bagi suatu tindak pidana; (3) ia harus dijatuhkan kepada seorang pelaku tindak pidana; (4) ia mesti dilaksanakan oleh seorang petugas dari lembaga resmi; dengan kata lain, ia bukanlah suatu konsekuensi alamiah dari suatu perbuatan; dan (5) ia mesti dijatuhkan oleh suatu otoritas atau institusi terhadap mereka yang yang melanggar aturan.

Dengan arti demikian, maka suatu tindakan bukan merupakan suatu jenis dari pemidanaan melainkan semata-mata suatu tindakan kejam atau menyakitkan. Demikian halnya, tindakan langsung oleh seorang yang tidak punya otoritas khusus tidak bisa disebut sebagai suatu pemidanaan tetapi mungkin suatu pembalasan atau semata mata suatu kekejaman. Menurut Garland: "Pemidanaan merupakan suatu proses hukum dimana pelanggar hukum pidana dipersalahkan dan dipidana sesuai kategori dan prosedur hukum tertentu".⁸

Mengapa hukuman pidana dijatuhkan? Pemidanaan merupakan suatu respons universal terhadap kejahatan dan penyimpangan di semua masyarakat. Respons itu dapat dilakukan dengan berbagai bentuk, baik hukuman yang formal (penjara/ kurungan, pidana mati, denda) atau penghukuman yang informal (sanksi oleh keluarga, teman sebaya, kelompok extralegal). Jenis hukuman yang berbeda digunakan untuk tujuan yang juga berbeda. Sanksi pidana dijalankan untuk menjaga nilai-nilai kebaikan dan keyakinan, mengurnagi kemampuan pelanggar dan mencegah mereka yang mungkin berfikir akan melakukan kejahatan, dan sering berfungsi untuk menjaga hubungan kekuasaan di dalam suatu masyarakat dan untuk menghilangkan ancaman bagi tertib sosial yang berlaku.⁹

Fungsi pemidanaan dirancang untuk banyak maksud. Maksud atau tujuan-tujuan ini termasuk di dalamnya untuk memperkuat nilai-nilai kolektif, perlindungan kepada masyarakat melalui penghilangan kapasitas fisik si pelaku dalam melakukan aksi berikutnya (*physical incapacitation of the convicted offenders*), rehabilitasi si pelaku, penangkalan terhadap si pelaku dari mengulangi perbuatannya (dikenal sebagai "*specific deterrence*"), dan berfungsi sebagai suatu contoh untuk menangkal orang lain dari melakukan perbuatan jahat yang dilakukan di pelaku (dikenal sebagai "*general deterrence*"). Beberapa sanksi pidana (seperti

8 Garland, D, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford: Clarendon, 1990, hlm. 17.

9 Terance Miethe dan Hong Lu, *Punishment, A Comparative Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, hlm.1.

denda atau kompensasi bagi korban) didesain untuk tujuan restorative.¹⁰

Efektivitas sanksi pidana seringkali dinilai dalam konteks penangkalan (*deterrence*). Banyak studi telah menguji apakah sanksi pidana tertentu telah menangkal (*deter*) terpidana dari mengulangi lagi perbuatan jahatnya atau mampu menangkal (*deter*) orang lain dari melakukan tindak pidana seperti yang dilakukan si pelaku.¹¹

Dengan demikian, perlu juga dilihat efektivitas pemidanaan dalam lembaga pemasyarakatan Yang diharapkan dengan sistem pemasyarakatan agar terpidana (atau dalam hukum Indonesia dikenal sebagai warga binaan pemasyarakatan/WBP) menyadari kesalahan, memperbaiki diri, tidak mengulangi tindak pidana sehingga, dapat diterima kembali oleh lingkungan masyarakat, dapat aktif berperan dalam pembangunan, dan dapat hidup secara wajar sebagai warga yang baik dan bertanggung jawab, dan tidak menjadi recidivis.

Salah satu alasan pemidanaan adalah bahwa pemidanaan itu menangkal (*deter*) terjadinya pelanggaran hukum pidana. Hubungan antara pemidanaan dan penangkalan (*punishment and deterrence*) merupakan topik yang selalu hangat diperdebatkan, baik dengan pendekatan falsafah maupun dengan mengemukakan data empirik hasil penelitian. Pendekatan Falsafah. Berusaha memberikan penjelasan tentang manusia dan dunia yang dialaminya. Manusia dilihat sebagai makhluk bernalar dan dalam batas tertentu bebas memilih, untuk melanggar hukum pidana atau tidak. Hanya melalui pemidanaan manusia dapat dipaksa untuk tidak berbuat jahat/ melanggar hukum pidana. Ini dikenal sebagai konsep *free will* (kebebasan memilih), rasional, hedonistik (menjauhi hal yang menyakitkan) sebagai dasar pemikiran untuk teori-teori penangkalan baik penangkalan umum (general deterrence) maupun penangkalan khusus (specific deterrence). Data Empirik. Data empirik tentang hasil penelitian mengenai recidivisme (pengulangan tindak pidana) juga mencoba untuk membuktikan manfaat pemidanaan ini untuk penangkalan (meskipun yang mungkin dapat dibuktikan hanyalah penangkalan khusus).¹²

Penelitian tentang Recidivisme. Penelitian tentang data recidivisme mengalami banyak kritik dan hasil penelitiannya belum meyakinkan. Pemahaman ilmu pengetahuan tentang perilaku manusia (*human behavior*) masih terlalu sedikit untuk dapat menyusun kesimpulan-kesimpulan umum. Namun demikian, kesimpulan yang agak pasti yang dapat dibuat hanyalah bahwa terdapat kemungkinan pemidanaan mempunyai kemampuan bersifat menangkal dalam keadaan tertentu. Masih lebih banyak penelitian harus dilakukan untuk menjawab pertanyaan:

10 Ibid., hlm. 4.

11 Ibid., hlm. 9.

12 Mardjono Reksodiputro, *Kriminologi dan SPP*, op.cit., hlm. 149-150).

apakah pemidanaan yang keras dan pasti memang dapat mencegah atau mengurangi recidivism atau menangkal kemungkinan seorang pelanggar potensial melakukan tindak pidana.¹³

4. Beberapa studi tentang efektivitas pemidanaan

Tidak begitu banyak penelitian yang dimuat dalam literatur yang menunjukkan keefektifan atau ketidakefektifan dari penangkalan umum (*general deterrence*). Kajian-kajian itu masih agak tidak meyakinkan, tidak teratur, dan kurang terlalu fokus. Meski demikian, ada sedikit petunjuk di dalamnya. Jack Gibbs mempelajari data FBI antara 1959 hingga 1960 dengan fokus pada kasus pembunuhan saja. Dia menyimpulkan bahwa “*the greater the certainty and the severity of the punishment in the 48 states, the lower the homicide rate.*” Louis Gray dan J. Martin, setelah membuat analisis mereka sendiri tentang data yang sama mengenai pembunuhan, menyimpulkan bahwa: “*certainty and severity of punishment have a demonstrable impact on the homicide rate.*” Sementara itu Frank Bean dan R. Cushing dalam studinya menyimpulkan bahwa: “*the variable measuring legal reaction to crime retained its association with criminal homicide rates in a direction consistent with the deterrence hypothesis.*”

George Antunes dan A. Lee Hunt menerapkan teknik statistik yang lebih elaboratif terhadap data tahun 1960. Mereka menganalisa bukan saja pembunuhan tetapi seluruh kejahatan yang dikategorikan sebagai “*Index Crimes*” dalam penelitian di 49 negara bagian. Dalam kesimpulan dikatakan bahwa: “*the hypothesis that penal sanctions act as a general deterrent of crime finds support in our data.*”¹⁴

Dalam konteks masyarakat tertentu seperti di Amerika Serikat, dapat dikatakan bahwa sistem pemasyarakatan (*correctional system*) mesti berhadapan dengan tiga kategori luas dari para narapidana: (1) mereka yang dinyatakan bersalah oleh pengadilan karena melakukan perbuatan yang memang secara konsensus dipandang sebagai suatu tindak pidana. Sebagai bagian dari masyarakat mereka sendiri memang mengetahui bahwa perbuatan mereka memang terlarang dan sadar bahwa masyarakat luas memang memandang mereka sebagai penjahat; (2) mereka yang telah dinyatakan bersalah oleh pengadilan karena melakukan suatu perbuatan yang oleh penguasa dinyatakan sebagai tindak pidana dan terarah pada kelompok kelompok oposisi yang minoritas. Orang-orang yang dinyatakan bersalah ini sendiri sebenarnya tidak melihat hukumnya adil dan mereka juga tidak melihat diri mereka sebagai seorang penjahat.

13 *Ibid.*, hlm.150.

14 Ernest van den Haag, *Punishing Criminals, Concerning a very Old and Painful Question*, New York: Basic Books, 1975, hlm.137-138 .

Mereka justru memandang diri mereka sebagai “*political prisoners*,” (3) Mereka yang meskipun sebenarnya dipidana karena melakukan tindak pidana umum (*traditional crimes*) yang diakui secara konsensus sebagai kejahatan, telah dipandang terlibat dengan kelompok oposisi oleh penguasa sehingga mereka memandang diri mereka sebagai “*political prisoners*” juga. Mereka ini bisa disebut penjahat yang dipolitisasi (*politicized prisoners*).¹⁵

Perbedaan diantara ketiga kategori di atas membawa implikasi serius terhadap treatment oleh lembaga pemasyarakatan. Untuk kelompok pertama tadi, rehabilitasi dan perbaikan (*rehabilitation and reform*) akan selalu dipandang sebagai tujuan yang pantas (*appropriate goal*). Untuk kelompok kedua dan ketiga, adalah mungkin bahkan sangat mungkin diantara mereka tidak mengharapkan “perbaikan” yang dilakukan lembaga pemasyarakatan atau pemerintah yang mereka pandang sebagai suatu “penyerahan/ketundukan” kepada kelompok penguasa.¹⁶

5. Perdebatan soal efektivitas

Apakah pemidanaan dan ancamannya dapat efektif untuk memperkuat dan menghadirkan ketertiban masih menjadi suatu perdebatan. Para ahli sosiologi telah lama mengenal bahwa pemidanaan merupakan suatu hal yang paling efektif dalam menjaga tata tertib sosial dan meningkatkan perubahan sosial yang konstruktif manakala ia dihubungkan dengan pola-pola tingkah laku yang sah dan terinternalisasi (*the institutionalized and internalization of patterns of behavior*). Hukuman-hukuman yang berdasarkan hukum dan bersifat formal membantu dalam melembagakan pola-pola perilaku (misalnya dalam mendefinisikan batas-batas dari perilaku yang bisa diterima), akan tetapi individu-individu sepenuhnya menyesuaikan dengan standard-standard ini karena mereka telah menginternalisasi tingkah laku yang berlaku sebagai pilihan personal (yaitu mereka taat karena memang mereka mau, bukan karena mereka secara hukum mesti terikat untuk taat). Ketidakefektifan umum dari hukuman yang formal dalam menjaga keteraturan dan tertib sosial mungkin disebabkan kita terlampau melebihkan atau tergantung pada “tangan besi” hukum.¹⁷

Prof. Walter C. Bailey, berdasarkan survei yang dibuatnya di New York di tahun 1966 yang mengevaluasi 100 program pemasyarakatan (*correctional treatment programs*) mendapati bahwa “*evidence supporting the efficacy of correctional treatment is slight, inconsistent, and of questionable reliability.*” Sementara itu Roger Hood, melakukan survei di Inggris di tahun

15 Haskel, Martin and Lewis Yablonsky, *Criminology: Crime and Criminality*, Chicago: Rand McNally College Publishing Company, 1974, hlm.510-511.

16 *Ibid.*

17 Terance Miethe and Hong Lu, Op.Cit., hlm. 199-200.

1967 dengan survei yang serupa dan menyimpulkan bahwa “*the different ways of treating offenders lead to results that are not very encouraging.*¹⁸

Lipton, Martinson, dan Wilks¹⁹ melakukan suatu penelitian terhadap program pemasyarakatan yang sangat komprehensif. Mereka melakukan peninjauan atas 231 program yang diadakan antara tahun 1945 hingga 1967. Tiap-tiap program menyediakan data yang membuatnya memungkinkan untuk dievaluasi tentang efektivitas dari program pemasyarakatan itu. Martinson telah meringkas dampak dari program pemasyarakatan itu terhadap residivisme sebagai berikut: “*With few and isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism.*²⁰

Lipton, Martinson, dan Wilks menemukan sedikit bukti bahwa bahkan pada program pemasyarakatan yang dilakukan lembaga pemasyarakatan yang dipersiapkan warga binaan (narapidana) untuk bisa hidup pasca pelaksanaan hukuman di luar penjara melalui pendidikan, pelatihan vokasi, atau pengembangan keterampilan sosial hanya mendapat “*any appreciable impact on recidivism rates.*” Dalam kalimat Conklin dinyatakan bahwa : “*There was little evidence that individual counseling or group counseling reduced recidivism rates , nor did Lipton, Martinson, and Wilks find any evidence that milieu therapy worked.*²¹

Riset terbaru di Amerika Serikat (2004). Sepanjang tahun kalender 2004, Pengadilan-pengadilan di Washington menjatuhkan hukuman kepada 28.076 pelaku dewasa. Sekitar 80 persen dari pelaku adalah lelaki dan 61.5 persen dari penjatuhan pidana dilakukan terhadap pelaku-pelaku yang telah mempunyai sejarah telah satu kali atau lebih terlibat tindak pidana. Dalam konteks di sini istilah “*recidivism*” mencakup di dalamnya setiap pemicanaan dimana si terpidana pernah terlibat dalam kejahatan apa saja. Angka rata-rata residivisme untuk lelaki adalah 64.6 persen dibandingkan angka residivisme perempuan 50.5 persen. Terdapat 17.271 pemicanaan yang melibatkan pelaku yang memiliki sejarah kejahatan di masa lalu. Kejahatan sebelumnya yang paling banyak tercatat adalah kejahatan narkoba (*drugs crime*), diikuti oleh kejahatan atas harta kekayaan (*property crimes*). Kejahatan Narkoba memiliki angka residivisme (*recidivism rate*) sebesar 61 persen.

Meski beberapa survei menunjukkan masih tingginya angka residivisme sekalipun telah ada program rehabilitasi, tetapi ada juga

18 Inciardi, James A, *Criminal Justice*. 2nd Edition.Orlando: Harcourt Brace Jovanovich, 1987,hal. 578.

19 Lipton, Douglas, Robert Martinson, and Judith Wilks, *The Effectiveness of Correctional Treatment*, New York: Praeger,1975.

20 Martinson, Robert, “What Works? Questions and Answers about Prison Reform”, *The Public Interest*, No.35, 1974, hlm.25.

21 Conklin, John E, *Criminology*, New York: Maxmillan Publishing Company, 1992, 513-515.

riiset yang mengkonfirmasi hasil dari rehabilitasi. Para pendukung perspektif rehabilitasi kadang mengklaim bahwa ketidakefektifan yang terlihat dari upaya rehabilitasi saat ini semata-mata sebagai akibat dari kegagalan untuk menerapkan program program rehbilitasi itu dengan benar. Upaya untuk membenarkan perseptif rehabilitasi ini menyatakan bahwa bahkan dalam kajian yang menyatakan program rehabilitasi itu tidak efektif ternyata justru sering menemukan banyak program telah menghasilkan hasil-hasil yang positif. Martinson (1979) dalam studi lanjutannya menyimpulkan bahwa "...some treatment programs can lower recidivism rates under certain circumstances."

Suatu tinjauan dan evaluasi atas 95 program pemasarakatan yang dilakukan antara 1973 hingga 1978 menemukan bahwa beberapa program memiliki hasil yang bermanfaat dalam beberapa kondisi; strategy intervensi/ pengaruh dari keluarga misalnya merupakan contoh yang paling efektif.²² Argumen lainnya untuk perspektif rehabilitasi ini adalah bahwa meskipun apabila dampak dari upaya pemasarakatan atau rehabilitasi selama di LP tidaklah begitu jelas (*unclear*), program-program rehabilitasi tetaplah memiliki beberapa efek positif kepada tingkah laku di dalam LP, terhadap sikap dan perubahan kepribadian, capaian pendidikan dan penyesuaian vokasi.²³

6. Kendala dalam mencapai efektivitas pemasarakatan

Kini kita perlu melihat perkembangan di Indonesia. Berdasarkan Pasal 54 Rancangan KUHP versi tahun 2008 dinyatakan bahwa pemidanaan antara lain bertujuan untuk prevensi umum, yakni mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman kepada masyarakat. Hal ini dicapai dengan jalan Rehabilitasi dan Resosialisasi, memasyarakakan terpidana, dengan melakukan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna. Supaya mereka bisa kembali ke masyarakat (itulah sebabnya disebut LP singkatan dari Lembaga Pemasarakatan). Dalam perspektif ini mereka bukan dipandang sebagai penjahat, hanya orang yang tersesat, sehingga masih ada waktu untuk bertobat.

Seperti telah dibahas di awal, Pemasarakatan adalah bagian dari sistem peradilan pidana atau *criminal justice system* (CJS). Sistem peradilan pidana terpadu setidaknya terdapat empat lembaga yang bertanggung jawab, yaitu kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan lembaga Pemasarakatan (lapas). Administrasi peradilan pidana tidak selesai dengan adanya putusan hakim. Tujuan sistem peradilan pidana baru

22 Cullen, Francis dan Karen E.Gilbert. *Reaffirming Rehabilitation*. Cincinnati: Anderson, 1982.

23 John E. Conklin, Op.Cit., hlm. 517-518.

selesai (tercapai) apabila si pelanggar hukum telah kembali terintegrasi dengan masyarakat dan hidup sebagai warga yang taat hukum. Lapas merupakan muara dari proses peradilan pidana yang menjatuhkan pidana penjara kepada terpidana. Pelaksanaan hukuman penjara bagi narapidana tidak dilakukan semata sebagai sebuah upaya balas dendam dan menjauhkan narapidana dari masyarakat. Pemenjaraan terhadap narapidana dilakukan berdasarkan sebuah sistem pemasyarakatan. Penghukuman melalui mekanisme pemenjaraan dinilai tidak memberikan nilai tambah bagi narapidana guna memperbaiki hidupnya.

Sistem Pemasyarakatan adalah suatu tatanan mengenai arah dan batas serta cara pembinaan Warga Binaan Pemasyarakatan (WBP) berdasarkan Pancasila yang dilaksanakan secara terpadu antara pembina, yang dibina, dan masyarakat untuk meningkatkan kualitas WBP agar menyadari kesalahan, memperbaiki diri, dan tidak mengulangi tindak pidana sehingga dapat diterima kembali oleh lingkungan masyarakat, dapat aktif berperan dalam pembangunan, dan dapat hidup secara wajar sebagai warga yang baik dan bertanggung jawab.²⁴

Masalah-masalah seringkali muncul dalam pemasyarakatan. Diantaranya, penghuni Lapas melebihi daya tampung, khususnya Lapas kelas IA di kota besar, Hak-hak WBP tidak terpenuhi, fasilitas dasar (kesehatan, kerja, mck, pendidikan) minim. Juga seringkali terjadi praktik kekerasan dan pemerasan. Masalah lainnya adalah kurangnya pemahaman konsep pemasyarakatan dari petugas (fokus utama masih pengamanan, belum pembinaan). Penghuni Lapas masih melakukan berbagai kejahatan dari balik jeruji. Praktik “mafia peradilan” untuk fasilitas dan jasa tertentu.²⁵

Seperti halnya kendala-kendala yang dihadapi upaya pemasyarakatan di Indonesia, di negara lainnya pun juga hal yang sama dihadapi. Banyak Lembaga Pemasyarakatan cukup tua dan ketinggalan jaman. Khusus penjara dengan “Maximum-security” ternyata kebanyakan terlampaui besar atau justru melebihi kapasitas (*overcrowded*). Banyak sel-sel penjara dan ruang-ruang “medium-security” juga tidak layak untuk ditempati manusia (*unsuitable for human habitation*). Lembaga-lembaga pemasyarakatan banyak yang kekurangan pegawai dan personelnya sering kurang terlatih. Pengelompokan penghuni yang tepat seringkali kurang dipatuhi. Disiplin lembaga seringkali terlalu kaku. Kehidupan di penjara cenderung sangat monoton dan penuh tekanan. Kebijakan pelepasan bersyarat kadang-kadang tidak fair dan tidak efisien. Klasifikasi yang komprehensif dan strategi program tidak selalu ada. Tampak adanya proses “*prisonization and criminalization*” di banyak lembaga

24 Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan.

25 Santoso, Topo dan Hasril Hertanto. *Menunggu Perubahan dari Balik Jeruji*. Jakarta: Kemitraaan, 2007.

pemasyarakatan.²⁶

7. Catatan penutup

Uraian di atas telah menggambarkan bahwa Lembaga Pemasyarakatan yang pada umumnya menjadi muara dari sistem peradilan pidana sering kali diharapkan mampu menjadi medium lahirnya seorang manusia baru yang sebelumnya telah dijatuhi pidana, untuk dimasyarakatkan kembali agar menjadi manusia normal seperti sediakala dan tidak mengulangi kejahatannya. Masalahnya, idealita itu kadangkala atau dalam beberapa jenis kejahatan dan kondisi tertentu sering sulit dicapai, dimana angka residivisme masih cukup tinggi. Sayangnya penelitian mengenai efektivitas program pemasyarakatan yang dilakukan di berbagai daerah di Indonesia amat sangat minim, sehingga sulit untuk mengetahui seberapa efektif program pemasyarakatan yang dilakukan dalam mencapai tujuan penjatuhan pidana. Sementara di negara-negara maju riset semacam ini sering dilakukan sehingga dapat diperoleh gambaran tentang keberhasilan program pemasyarakatan atau rehabilitasi bagi penghuni Lembaga Pemasyarakatan serta dapat dihasilkan rekomendasi perbaikan.

Di samping itu terdapat kelemahan menonjol dalam hal kebijakan penanggulangan kejahatan melalui hukum pidana (*penal policy*) yang masih saja mengutamakan ancaman penjara di hampir seluruh peraturan perundang-undangan pidana khusus atau peraturan perundang-undangan non pidana yang memuat ancaman pidana. Alternatif jenis sanksi lain di luar penjara masih sangat terpinggirkan atau belum mendapat tempat yang memadai, misalnya *community service order* atau *community based correction* atau juga dikenal dengan istilah extra-institutional punishment. Hal ini di negara-negara lainnya justru semakin maju dan dikembangkan.

Kita melihat dalam beberapa waktu belakangan ini di Indonesia pertanyaan soal hukuman bagi pelaku tindak pidana yang terkadang sangat ringan tetapi mendapat hukuman penjara sungguh menyinggung rasa keadilan masyarakat. Mestinya hal ini dapat dijawab dengan dikembangkannya *restorative justice* dan juga seandainya seseorang terpaksa juga dibawa ke sistem peradilan pidana (dengan proses penyidikan, penuntutan hingga penjatuhan pidana) maka sebaiknya digunakan beberapa alternatif pemidanaan non penjara yang tingkat efektivitasnya masih selalu menjadi pertanyaan hingga saat ini.

26 James A. Inciardi , Op.Cit., 580.

DAFTAR PUSTAKA

Adler, Freda, Gerhard O.W. Mueller, dan William S.Laufer. *Criminology*. New York: Mc Graw Hill, 1991.

Banks, C. *Criminal Justice Ethics, Theory and Practice*. Los Angeles: Sage, 2009.

Cole, George F, Marc G. Gertz, dan Amy Bunger. *The Criminal Justice System, Politics and Policies*. 9th Edition. Belmont: Wadsworth, 2004.

Conklin, John E. *Criminology*. New York: Maxmillan Pub. Company, 1992.

Cullen, F. dan K.E.Gilbert. *Reaffirming Rehabilitation*. Cincinnati: Anderson, 1982.

Ernest van den Haag. *Punishing Criminals, Concerning a very Old and Painful Question*. New York: Basic Books, 1975.

Garland, D. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Oxford: Clarendon, 1990.

Haskel, Martin and Lewis Yablonsky. *Criminology: Crime and Criminality*. Chicago: Rand McNally College Publishing Company, 1974.

Inciardi, J.A. *Criminal Justice*. Orlando: Harcourt Brace Jovanovich, 1987.

Lipton, Douglas, Robert Martinson, and Judith Wilks. *The Effectiveness of Correctional Treatment*. New York: Praeger, 1975.

Martinson, Robert. "What Works? Questions and Answers about Prison Reform", *The Public Interest*, No.35, 1974.

Mays, G.Larry and L.Thomas Winfree Jr. *Contemporary Corrections*. Belmont: Wadsworth, 2002.

Newburn, Tim. *Criminology*. Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2007.

Pakes, Francis. *Comparative Criminal Justice*. 2nd Edition. Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2010.

Reksodiputro, Mardjono. *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*. Kumpulan Karangan Buku Kedua. Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, 1994.

_____. *Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana*. Kumpulan Karangan Buku Ketiga. Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, 1994.

Santoso, Topo dan Hasril Hertanto. *Menunggu Perubahan dari Balik Jeruji*. Jakarta: Kemitraan, 2007.

Smartt, Ursula. *Law for Criminologists*. Los Angeles: Sage, 2009.

Terance Miethe and Hong Lu. *Punishment, A Comparative Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Wilson, W. *Central Issues in Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2002.

APAKAH PIDANA PENJARA EFEKTIF

Martin Moerings

1. Pengantar

Seberapa jauhkah kita berhasil memberantas kriminalitas dan membuat kehidupan masyarakat menjadi lebih aman dengan mengurung orang? Mengapa kita memenjarakan orang dan apakah yang kita harapkan dari pemenjaraan betul tercapai? Dalam tulisan ini pertanyaan-pertanyaan tersebut akan ditelaah dari sudut pandang teori-teori umum tentang pemidanaan. Contoh-contoh konkret akan diambil dari Belanda, sekalipun juga dengan memperhatikan situasi di Indonesia.

2. Apa sebenarnya tujuan pemidanaan: Mengapa kita menghukum orang?

Di dalam kepustakaan kita akan temukan spektrum luas tujuan pemidanaan yang kerap kali bertentangan satu sama lain.

Retribusi (Vergelding). Tujuan yang merupakan tujuan pemidanaan terpenting, kerap juga disebut landasan pemidanaan, ialah restribusi (pembalasan). Karena seseorang (bersalah) melakukan suatu tindak pidana dan ia dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana untuk itu, maka dengan sengaja hakim atas nama masyarakat menjatuhkan derita pada pelaku tersebut. Ia harus dibuat merasakan derita (nestapa) tersebut sebagai akibat dari perbuatannya yang melampaui apa yang dianggap pantas, yakni perbuatan yang melanggar batasan hukum. Untuk itu hakim tatkala menjatuhkan pidana harus memperhatikan proporsionalitas: pidana yang dijatuhkan tidak boleh lebih berat dibandingkan tingkat keseriusan perbuatan dan harus pula sebanding dengan beban tanggung jawab pribadi (kadar kesalahan) dari pelaku. Kendati begitu, ‘formula ajaib’ ini ternyata tidak menyelesaikan semua persoalan: dengan tolok ukur apakah hakim menilai tingkat keseriusan perbuatan dan bagaimana hakim menentukan kesalahan/ketercelaan (perbuatan) pelaku? Khususnya dalam penilaian atas tingkat keseriusan perbuatan, hakim untuk sebagian akan merujuk pada rasa keadilan yang berkembang

dalam masyarakat. Demikian, tigapuluhan tahun lalu, reaksi pengadilan terhadap kontak seksual dengan anak-anak cenderung lebih toleran. Sekarang ini pengadilan berhadapan dengan perkara serupa cenderung bereaksi keras dengan menjatuhkan hukuman berat.

Pembalasan (*vergelding*) harus dibedakan dari tindakan balas dendam yang mengesankan peran pelibatan reaksi emosional yang disproporsional. Pembalasan di sini harus dimengerti sebagai tindakan balas dendam yang dikembalikan pada proporsi sepatutnya – sebagaimana diproses dan diputus oleh hakim – yang dijatuhkan untuk memulihkan tertib hukum yang terganggu oleh kejahatan yang terjadi. Pembalasan merupakan batas atas dari pidana yang dijatuhkan. Tujuan-tujuan pemidanaan lainnya tidak boleh mengakibatkan seseorang dihukum lebih dari apa yang sepatutnya ia terima sebagai akibat dari perbuatannya.

Tujuan-tujuan lain tersebut untuk keseluruhan atau sebagian berkenaan dengan pemulihan atau upaya penjagaan keamanan-ketertiban masyarakat.

Internalisasi atau penegasan keberlakuan norma (Norminprenting of -bevestiging). Di dalam perundang-undangan termuat apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan di dalam lalulintas pergaulan masyarakat. Jika seseorang melanggar aturan perundang-undangan, hakim pidana di dalam putusan dalam perkara orang tersebut, menetapkan dan menegaskan kembali keberlakuan norma hukum. Selanjutnya dalam eksekusi pidana, keberlakuan norma yang sama kembali digarisbawahi. Tujuan pemidanaan ialah agar warga dengan cara tersebut menginternalisasi norma hukum, mengintegrasikannya ke dalam kehidupannya sehari-hari, dan menerima keberlakuan norma yang ada sebagai sudah seharusnya.

Prevensi umum (Generale preventie). Di samping itu penjatuhan pidana dan eksekusi putusan dimaksudkan juga sebagai tindakan mengancam (menakut-nakuti) masyarakat melalui hukum yang dijatuhkan pada pelaku dan mencegah masyarakat melakukan kejahatan. “Warga yang terhormat, anda semua sudah diperingatkan, apabila kalian melanggar undang-undang dilanggar, maka penjara ganjarannya”.

Prevensi khusus (speciale preventie). Selain itu, penjatuhan pidana dan eksekusi putusan juga dimaksud agar terpidana menjadi jera dan tidak lagi terjerumus melakukan kejahatan. Pidana pertama-tama harus membuatnya takut mengulangi kesalahan. Beban biaya yang terkait dengan pidana (penjara) yang ditanggung pelaku harus lebih tinggi daripada keuntungan yang diterima dari kejahatan (misal hasil penjualan barang curian), sedemikian sehingga hal itu akan membuat jera dan mencegah pelaku melakukan kejahatan baru atau lain di masa depan.

Pengamanan/Menghilangkan ancaman (beveiliging/onschadelijkmaking-incapacitation) merupakan tujuan yang terkait dengan penempatan pelaku kejahatan sebagai hukuman (pidana atau tindakan) dalam lembaga

penitensier. Selama dikurung, pelaku tidak lagi memiliki peluang untuk melakukan delik baru yang menganggu ketertiban/keamanan masyarakat. Masyarakat setidak-tidaknya untuk beberapa waktu, selama hukuman tersebut dijalankan, terbebas dari potensi ancaman yang muncul dari pelaku. Pada bagian akhir tulisan ini, tujuan di atas akan dibahas lebih rinci, satu dan lain, karena dalam sepuluh tahun terakhir dianggap semakin penting, setidak-tidaknya dalam masyarakat barat.

Pemasyarakatan kembali (resocialisatie). Juga tujuan ini ekslusif terkait dengan penempatan pelaku tindak pidana dalam lembaga penitensier, misalnya penjara atau lembaga lainnya yang dikhkususkan bagi pelaku kambuhan. Demikian, terpidana, selama berada di penjara harus dipersiapkan untuk dapat kembali hidup normal di dalam masyarakat. Ini merupakan perintah undang-undang sebagaimana dapat ditemukan termaktub di dalam ketentuan Pasal 2 (UU Pokok tentang Penitensi/*Penitentiaire Beginselen Wet*). Konsekuensi dari itu ialah bahwa selama ditahan, pelaku/terpidana akan memperoleh pelatihan atau diberi pekerjaan yang memberikannya kesempatan mendapatkan keahlian yang akan berguna kelak dalam kehidupannya nanti di masyarakat sebagai warga biasa. Hal ini juga berarti bahwa pelaku dicegah untuk menjadi residivis. Berbeda dengan prevensi khusus, pelaku (diharapkan) patuh pada hukum bukan karena takut pada penjatuhan hukuman baru, namun karena ia telah dibekali (dengan keterampilan atau keahlian) untuk masuk kembali ke dalam kehidupan masyarakat normal. Di dalam lembaga penitensier pelaku telah direhabilitasi sedemikian sehingga ia tidak lagi perlu dan memiliki kehendak untuk melakukan kejahatan.

Resosialisasi (pemasyarakatan kembali) juga menjadi tujuan resmi di Indonesia. Tujuan dari penempatan di lembaga pemasyarakatan (*correction institution*) adalah memperbaiki atau meningkatkan kualitas penghuni lapas sampai mereka menyadari kesalahan yang telah mereka lakukan (dan yang mengakibatkan mereka dipenjara), dan sekaligus ter dorong untuk memperbaiki diri serta tidak akan lagi (jera) melakukan kejahatan. Semuanya dimaksudkan agar mereka dapat kembali diterima di dalam masyarakat dan menjalani kehidupan normal. Ketentuan Pasal 1 butir 2 dan Pasal 5 dari UU 12/1995 menyatakan bahwa tahanan setelah dibebaskan sejatinya dapat kembali masuk ke dalam kehidupan masyarakat normal.¹

Pemulihan derita yang ditimbulkan atau penggantian kerugian yang diakibatkan tindak pidana (herstel van aangedane leed en veroorzaakte schade). Tujuan ini tahun-tahun terakhir ini menjadi semakin penting sebagai reaksi terhadap kritikan yang diajukan dari sudut pandang kepentingan

1 Informasi mengenai penjara di Indonesia diperoleh dari Agustinus Pohan dan Topo Santoso.

korban. Diargumentasikan bahwa perhatian selama ini terlalu banyak dicurahkan pada pelaku dan akibatnya tidak ada yang memperhatikan nasib korban. Pidana penjara lagipula, sebagai sanksi, selama ini paling kecil peluangnya memberi kesempatan bagi pelaku untuk memulihkan atau mengganti kerugian yang diderita korban. Peluang demikian justru lebih besar berkenaan dengan penjatuhan sanksi oleh polisi dalam kejadian-kejadian kecil, atau yang ditangani jaksa-penuntut umum dalam hal pengenaan sepot bersyarat.

Kemungkinan untuk mendapatkan kompensasi atas kerugian yang diderita juga disebutkan di dalam hukum pidana Indonesia. Jaksa/Penuntut Umum dapat mengajukan gugatan perdata selagi sidang pidana terkait sedang berjalan. Dalam praktiknya, peluang ini jarang dimanfaatkan karena tidak bekerja sebagaimana diharapkan, satu dan lain karena hanya kerugian nyata (material) yang dapat dituntut. Padahal kebanyakan orang (korban) justru hendak menuntut kompensasi atas kerugian immaterial.

Bilamana kita bandingkan ragam tujuan pemidanaan di atas, dapat ditenggarai bahwa masing-masing bertentangan satu sama lain dan sulit untuk diselaraskan. Sebagai contoh bagaimakah menyelaraskan tujuan meningkatkan keamanan masyarakat dengan tujuan pemasyarakatan kembali? Lagipula pengamanan mengimplikasikan bahwa pelaku justru diisolasi dari masyarakat, padahal dalam re-sosialisasi, sebaliknya ikatan dengan masyarakat harus dijalin kembali.

Beranjak dari itu, kita sekarang akan menelaah esensi dan eksekusi pidana penjara. Ini harus dilakukan sebelum kita dapat membahas efek apa yang muncul darinya: seberapa jauh tujuan yang dinyatakan tercapai?

3. Penjara sebagai institusi totaliter

Di dalam tulisannya dari 1961, Goffman² menggambarkan penjara sebagai institusi yang bersifat totaliter (*totale institutie*). Dengan ini dimaksud bahwa seluruh fungsi kehidupan terpenting manusia berlangsung di dalam suatu organisasi yang berada di luar kehidupan normal sehari-hari. Tinggal, bekerja, tidur, rekreasi dan aktivitas rutin manusia lainnya dilangsungkan dalam suatu institusi yang dipisahkan dari masyarakat dengan tembok atau pagar tinggi. Hidup dari pagi hari sampai larut malam dijalani dengan mengikuti aturan-aturan yang ketat dan tidak ada peluang bagi penghuni untuk mengubah aturan-aturan tersebut. Di dalam institusi total tersebut, demikian dikatakan Goffman, terjadi proses *mortifikasi*, hilangnya kemanusian penghuni. Ego dari manusia dipunahkan, individualitas dari manusia tidak mendapat kesempatan untuk berkembang. Hilangnya individualitas penghuni penjara ditegaskan

2 Goffman 1975

dengan mewajibkan mereka mengenakan seragam, sekalipun bukan baju garis-garis klasik, bisa saja berwarna coklat tua, ditambah dengan celana dan jas yang kerap kali tidak seukuran dengan tubuh narapidana.

Dari sudut pandang di atas dapat dikatakan bahwa menempatkan seseorang dipenjara sejak semula menafikan peluang berhasilnya re-sosialisasi. Padahal untuk itu justru disyaratkan terbukanya kemungkinan bagi narapidana untuk mengembangkan diri. Di samping itu untuk menjamin berhasilnya re-sosialisasi narapidana semestinya kontak-kontak sosial yang ada dijaga kelangsungannya bahkan diperbaiki dan dikembangkan. Ini juga sejalan dengan teori pengikatan (*bindingentheorie*) dari Hirschi. Esensi dari teori tersebut ialah bahwa jejaring sosial yang kuat (akan) mencegah orang untuk menjadi kriminal. Jika jejaring sosial demikian tidak tersedia atau lemah, maka tidak ada hambatan apapun yang (akan) mencegah orang untuk melakukan kejahatan.³

Apakah penjara di Belanda dan Indonesia (masih) dapat dipandang sebagai institusi total sebagaimana digambarkan di atas ataukah tipologi tersebut harus kita tinggalkan karena tidak lagi relevan? Sebelum menjawab persoalan ini penting untuk menelaah terlebih dahulu sejumlah asas yang menjadi landasan pengaturan penjara di Belanda.

4. Asas pembatasan minimal dan asas kesebandingan (ekuivalen)

Terpidana selama kemerdekaan mereka dirampas akan tetap mempertahankan sebanyak mungkin hak yang mereka miliki sebagai warga bebas. Pengurangan atau pengenyampingan hak-hak dasar dari orang-orang yang dirampas kemerdekaannya hanya diperbolehkan sepanjang dipandang perlu dalam rangka tujuan penjatuhan pidana perampasan kemerdekaan itu sendiri.

Titik tolaknya ialah bahwa perampasan kemerdekaan adalah hukuman. 'Esensi dari perampasan kemerdekaan ialah disingirkannya pencari keadilan dari lalulintas pergaulan masyarakat'.⁴ Sebaliknya pada tahanan/narapidana sejauh mungkin diberikan hak-hak yang dalam kehidupan masyarakat bebas tersedia bagi mereka.

Asas pembatasan minimal (*het beginsel van minimale beperkingen*) antara lain dimaktubkan di dalam undang-undang pokok penitensier (*Penitentiaire Beginselenwet (Pbw)*). Ketentuan Pasal 2(4) Pbw berbunyi: 'Terhadap orang-orang yang dikenakan pidana atau tindakan dalam bentuk perampasan kemerdekaan tidak akan dikenakan pembatasan (hak) lain terkecuali yang dipandang perlu dalam rangka mencapai tujuan perampasan kemerdekaan atau demi kepentingan penegakan ketertiban

3 Hirschi 1969

4 Handboek Rechtspositie Gedetineerden, Den Haag: Sdu uitgevers, 2004, hlm. 75-77

atau yang dipandang perlu dalam rangka pemeliharaan keamanan (dalam institusi').

Berkenaan dengan pemeliharaan kesehatan, titik tolak dari asas pembatasan minimal berarti bahwa layanan jasa kesehatan yang diberikan secara kualitatif harus sebanding dengan yang tersedia di dunia bebas di luar. Hak untuk mendapatkan layanan pemeliharaan kesehatan yang baik sebagaimana terkait dengan kebutuhan tahanan/narapidana dianggap terus ada dan tidak boleh dibatasi, terkecuali perampasan kebebasan yang (sedang) dijalani menghalangi pemberian layanan tersebut. Asas kesebandingan (*equivalentiebeginsel*) juga dapat kita temukan kembali di dalam *Memorie van Toelichting* (memori penjelasan) dari peraturan tentang penjara Eropa.⁵ Aturan demikian kiranya tidak (belum) memiliki kekuatan mengikat, namun harus dianggap sebagai rekomendasi bagaimana seharusnya memperlakukan narapidana/tahanan. Sekalipun demikian bagi penguasa di Belanda hal tersebut dianggap patokan: "Pemeliharaan kesehatan dalam institusi penitensier harus dikelola sesuai dengan norma-norma yang secara kualitatif sebanding atau setara dengan apa yang tersedia di dalam masyarakat.'

Asas kesebandingan atau kesetaraan di atas merupakan titik tolak penting untuk mengevaluasi rezim pemenjaraan, keseluruhan aturan yang berlaku dan situasi-kondisi kehidupan di lembaga penitensier. Jika ini kita lakukan baik untuk Belanda maupun Indonesia, dapat diduga hasilnya akan jauh berbeda karena taraf kesejahteraan dan kehidupan kemasyarakatan di Indonesia berbeda dibanding dengan Belanda.

Kewenangan untuk mengurangi atau mengenyampingkan hak-hak dasar bisa saja ditegaskan di dalam peraturan perundang-undangan, namun di dalam praktiknya direktur (kepala lembaga pemasyarakatan atau sipir) memiliki kewenangan diskresioner, untuk misalnya menilai apakah ketertiban dan keamanan di dalam lembaga yang dipimpinnya terancam bahaya atau tidak.

Titik tolak pembatasan minimal selintas terkesan sangat jelas. Namun seperti telah disinggung di atas ruang untuk membatasi lebih jauh atau mengurangi sejumlah hak lainnya juga tersedia dalam rangka pelaksanaan dan/atau pencapaian tujuan-tujuan lain dari pemenjaraan, seperti misalnya demi kepentingan menjaga keamanan masyarakat. Justru tujuan (pemidanaan) inilah yang tahun-tahun terakhir ini semakin berperan. Di dalam sub-8 tulisan ini, hal tersebut akan diuraikan lebih lanjut. Juga kepentingan memelihara ketertiban dan keamanan internal, sekalipun bukan merupakan tujuan resmi pemidanaan sebagaimana dibahas di muka, tetap sangat penting demi kelangsungan kehidupan

5 C.Kelk, Nederlands detentierecht, tweede herziene druk, Deventer: Kluwer, 2003, hlm.266.

sehari-hari di penjara, dapat menjadi landasan pembedaran untuk, misalnya, membatasi ketat kebebasan bergerak dari narapidana/tahanan. Demikian, maka narapidana yang diduga bekerjasama dengan tahanan lainnya untuk mempersiapkan pemberontakan atau kerusuhan, dapat ditempatkan di dalam sel isolasi.

Juga titik tolak bahwa perampasan kemerdekaan adalah pidana (perampasan kebebasan *sebagai* hukuman), – dan bukan bahwa penghukuman justru dimulai seketika kebebasan dirampas (perampasan kemerdekaan *sebelum/mendahului* hukuman) – di dalam praktik penitensier sehari-hari kerap dikesampingkan, sekalipun tetap tidak dapat diabaikan begitu saja. Beranjak dari itu dapat dikatakan bahwa, misalnya, kualitas dan kuantitas makanan haruslah sepantasnya dan narapidana/tahanan tidak boleh hanya diberi roti dan air. Keberlakuan prinsip tersebut juga berarti bahwa narapidana/tahanan tidak perlu diikat dengan rantai pada tembok penjara atau dipasung dengan bola besi. Prinsip ini juga mengimplikasikan bahwa narapidana/tahanan berhak mendapatkan layanan informasi melalui televisi. Asas pembatasan minimal merupakan titik tolak penting untuk mencegah kecenderungan menambah derita mereka yang berada di penjara. Lebih lagi prinsip ini, sekalipun lebih mendasar, juga sejalan dengan kewajiban kita untuk menganggap serius dan mengejawantahkan prinsip resosialisasi. Dikatakan lebih mendasar karena menetapkan syarat-syarat yang harus dipenuhi lembaga penjara, sekalipun tidak difungsikan secara khusus sebagai lembaga pemasyarakatan kembali.⁶

Di Indonesia titik tolak pelaksanaan pidana penjara ternyata serupa dengan yang digambarkan di atas, yakni bahwa narapidana/tahanan hanya akan dikenakan derita yang muncul dari dirampasnya kebebasan mereka: pemenjaraan sebagai pidana (derita). Mereka-pun mempertahankan hak-hak yang diberikan hukum kepada mereka. Namun praktik jauh berbeda. Perampasan kebebasan sebagai hukuman kiranya hanya berlaku bagi narapidana/tahanan dengan status sosial tinggi. Mereka mendapatkan dan menikmati fasilitas yang lebih baik, kadangkala sel yang mereka tempati diperlengkapi perabotan lengkap dan pada/selama siang hari mereka boleh tinggal di rumah mereka sendiri. Ada kesenjangan perlakuan yang diberikan dan dinikmati oleh penjahat kerah putih (*white-collar criminals*) dengan penjahat biasa/jalanan (*blue-collar criminals*). Para narapidana yang memiliki uang dapat membayar penyediaan sejumlah fasilitas yang jauh lebih baik daripada yang dinikmati narapidana kebanyakan. Kita dapat menyebutnya sebagai diskriminasi Denny Indrayana, wakil menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, yang juga guru besar hukum tata negara dan mantan aktivis antikorupsi aktif mengawasi dan mencegah terjadinya

6 De Lange en Mevis 2009 hlm. 389

diskriminasi terhadap para pelaku kejahatan kerah putih. Ia kerap secara *incognito* melakukan pemeriksaan mendadak (sidak) ke pelbagai lembaga pemasyarakatan (lapas) atau rumah tahanan (rutan) untuk mencari ada/tidaknya diskriminasi demikian.

5. Hak-hak konkret tahanan/narapidana

Di dalam lembaga penitensier bagaimanapun juga harus tersedia hal-hal dasar (program dasar) bagi pemenuhan kebutuhan narapidana/tahanan. Terlepas dari jenis lembaga penitensier, tahanan/narapidana di manapun juga tetap memiliki sejumlah hak.

Seorang tahanan/narapidana di Belanda memiliki hak untuk mendapat kunjungan mingguan dari kerabat atau anggota keluarganya; ia berhak menelepon, sekalipun tidak dengan ponsel, karena mungkin ada kebutuhan untuk menyadap pembicaraan yang dilangsungkan; ia berhak untuk setiap hari keluar kamar tahanan: setiap hari ia berhak untuk sekurang-kurangnya satu jam berada di udara terbuka, di lapangan yang tersedia. Setiap hari juga terbuka peluang untuk di luar sel menikmati sejumlah rekreasi tertentu, tergantung dari apa yang dikerjakan, bisa sendiri atau bersama-sama dengan sesama tahanan. Ia harus dapat berolahraga secara rutin.

Tahanan/narapidana berhak untuk bekerja, sekalipun tidak selamanya pekerjaan demikian tersedia. Kemungkinan kabur diantisipasi dengan mengaitkan hak untuk bekerja pada prasyarat 'sepanjang sifat/tujuan penahanan tidak menjadi halangan ...' (Pasal 48(1-2) *Penitentiaire beginselenwet*). Sebagai imbalan atas pekerjaan yang dilakukannya, tahanan/narapidana mendapatkan kurang dari satu euro per jam, padahal upah minimum yang diakui perundang-undangan di Belanda kurang lebih berkisar 1000 euro. Total upah yang diterima, sekitar 25 euro tiap minggunya, dapat dipergunakan untuk membeli rokok atau tembakau - di lembaga penitensier, hampir semua tahanan/narapidana merokok -, membayar sewa televisi dan membeli kudapan/cemilan sebagai tambahan dari makanan yang diberikan di lembaga. Secara kuantitatif jumlah tersebut memadai. Namun demikian, banyak tahanan/narapidana menganggap bahwa secara kualitatif hal tersebut tidak/belum memenuhi standar. Lagi pula banyak tahanan/narapidana (pendatang-bukan asli Belanda) mengeluhkan makanan yang tidak cocok dengan apa yang biasa mereka nikmati dalam budaya asal atau negara asal mereka. Keluhan demikian muncul karena banyak tahanan/narapidana di Belanda adalah pendatang, bukan asli Belanda.

Sebagai tahanan/narapidana ia tidak saja berhak bekerja, namun lebih dari itu memiliki kewajiban untuk bekerja. Mengingat rendahnya pendidikan-latihan formal kebanyakan tahanan/narapidana, pekerjaan yang dapat ditawarkan bukanlah yang mensyaratkan keahlian/

keterampilan tinggi. Mereka biasanya mengerjakan pekerjaan sederhana seperti merakit atau membungkus produk-produk tertentu. Pada akhirnya melalui pekerjaan yang diberikan sekaligus juga dibuka kesempatan untuk mendapatkan/meningkatkan keterampilan tertentu, bahkan termasuk pelatihan keterampilan yang dapat diganjar dengan diploma. Pemberian pekerjaan karena itu dapat difungsikan sebagai sarana re-sosialisasi (pemasyarakatan kembali). Namun demikian, Menteri Kehakiman (*Ministerie van Veiligheid en Justitie*) pada akhirnya menelaah apakah proyek-proyek pemberian pekerjaan yang ditawarkan kepada tahanan/narapidana secara ekonomis juga menguntungkan. Apabila biaya yang dikeluarkan (untuk menyediakan pekerjaan demikian) lebih besar daripada keuntungan yang diberikan, maka proyek demikian terancam ditutup.

Tahanan/narapidana berhak mendapatkan pendidikan, seperti misalnya dalam bentuk pelajaran berhitung dan bahasa. Bagi mereka juga disediakan pelajaran komputer. Sekalipun keterampilan yang diajarkan selama masa tahanan, sifatnya sangat terbatas dan tidak sepenuhnya dapat dimanfaatkan di dalam praktik, karena tidak sekaligus dibuka kesempatan untuk masuk ke dalam jaringan internet. Apa yang hendak dicegah adalah mereka melalui jaringan internet mengembangkan rencana kriminal atau meminta bantuan dari pihak luar dan merencanakan kabur.⁷

Sebagai perbandingan, hak-hak tahanan/narapidana di Indonesia diatur dan dienumerasikan di dalam Peraturan Pemerintah 32/1999 sebagai berikut: hak untuk menjalankan ibadah agama, mendapatkan layanan fisik dan mental (olahraga dan hiburan), menerima pendidikan, perawatan kesehatan dan makanan layak, mengajukan keluhan, mendapatkan bahan bacaan dan mengikuti berita, menerima upah atas pekerjaan yang mereka lakukan, menerima kunjungan keluarga/orangtua, pengacara atau orang-orang lain yang mengunjungi mereka, mendapatkan remisi (pengurangan masa tahanan), mendapatkan kesempatan berasimilasi, termasuk cuti untuk kunjungan keluarga, untuk mendapatkan pembebasan bersyarat (*conditional release*), mendapatkan cuti sebelum pembebasan dan sejumlah hak lainnya (hak-hak politik, mengirim-menerima surat, dll).

Dalam tipe penjara seperti apakah prinsip-prinsip dan maksud-tujuan terkait sebagaimana digambarkan di atas dapat direalisasikan?

6. Ragam jenis/tipe penjara

Penjara di Belanda dapat dibedakan dari tingkat keamanan: dari yang sangat minim (longgar), minim, normal, meluas sampai dengan penjara

7 Zie de Jonge 2009

tingkat keamanan tinggi.⁸ Perbedaan ini berimplikasi pula pada bentuk bangunan, pembagian ruangan serta peraturan internal atau disiplin yang diberlakukan terhadap tahanan/narapidana.

Institusi dengan tingkat keamanan normal (*normale beveiliging*) adalah apa yang umumnya secara tradisional kita bayangkan dengan penjara sebagaimana digambarkan Goffman: bangunan dikelilingi tembok tinggi, di lingkar luarnya adalah parit lebar dengan atau tanpa pagar berduri, atau dalam penjara yang lebih modern, semakin sering digunakan peralatan listrik sebagai sarana pengamanan. Para narapidana/tahanan sehari-hari hidup dalam komunitas terbatas atau yang sepenuhnya dijalani bersama-sama. Untuk yang pertama disebut, mereka diperkenankan berada di luar sel selama beberapa jam untuk melakukan aktivitas bersama seperti bekerja, rekreasi, dan mendapatkan udara segar. Untuk waktu selebihnya mereka ditempatkan di dalam sel, baik yang diperuntukkan bagi satu orang atau yang dapat menampung dua/lebih tahanan, bahkan juga ketika waktu makan. Juga rumah tahanan (*huizen van bewaring*) kerap kali dapat digambarkan dengan cara di atas. Dalam penjara dengan rezim yang memberlakukan komunitas sepenuhnya terbuka, siang hari pintu-pintu sel dibiarkan terbuka, sehingga para tahanan/narapidana juga di luar jam-jam mereka harus berada di luar dapat keluar-masuk. Baru menjelang sore dan sepanjang malam, pintu sel akan dikunci.

Sampai beberapa tahun lalu, setiap tahanan/narapidana berhak mendapatkan sel sendiri. Ini jauh berbeda dengan Indonesia, di mana tahanan selalu berbagi sel dengan sesama tahanan lain. Kebanyakan dari mereka ditempatkan dan berbagi ruangan (sel) dengan 10-20 orang lain. Hanya beberapa penjara tua memiliki sel tunggal. Fasilitas tersebut dibangun pada zaman kolonial untuk memenjarakan tahanan elite dan sampai dengan sekarang-pun dipergunakan untuk menempatkan tahanan elite, sekalipun tidak lagi secara eksklusif.

Perbedaan ini dalam penempatan tahanan di ruang-ruang tahanan (sel) kiranya dapat dikaitkan dengan kenyataan bahwa di Belanda orang-orang lebih terbiasa dengan kehidupan privat daripada di Indonesia yang lebih terbiasa hidup bersama dalam komunitas. Namun karena keterbatasan kapasitas dan juga alasan keuangan, beberapa puluh tahun kebelakang, hak untuk mendapatkan sel sendiri tidak lagi diberlakukan. Sebagai gantinya diperkenalkan sistem ‘pembagian sel’ (*celdeling*). Sekalipun sekarang ini tekanan demikian pada sistem pemenjaraan sudah tidak lagi ada, kehakiman nampaknya memutuskan untuk tetap mempertahankan sistem ini; lebih jauh lagi, semakin kerap terjadi sel yang sejatinya disiapkan untuk menampung satu tahanan, harus

8 Fiselier 2009: 161

menampung dua orang. Di dalam satu sel tersebut diletakan dua tempat tidur tumpuk dan di salah satu sudut diletakkan meja cuci kecil dan di sudut lain yang lebih tertutup disediakan toilet. Di beberapa institusi di ujung kaki tempat tidur diletakkan pesawat televisi. Terkesan bahwa hal itu merupakan kemewahan yang berlebihan, namun kebijakan ini justru ditempuh untuk mencegah pertengkaran antara sesama tahanan. Dengan itu justru ketertiban dan keamanan internal terjaga. Kehidupan di penjara harus berlangsung tertib dan aman. Lagipula, baik penjaga maupun tahanan/narapidana harus setiap saat merasa aman.

Institusi dengan tingkat keamanan tinggi (*uitgebreide beveiliging*) dimaksudkan untuk menampung tahanan/narapidana yang dinilai – semakin kerap dilakukan perkiraan risiko demikian – memiliki risiko tinggi melarikan diri, atau merupakan ancaman bagi sesama tahanan atau sebaliknya harus dilindungi dari ancaman yang muncul dari sesama tahanan. Demikian dapat kita temukan bagian khusus yang menampung tahanan/narapidana yang menunjukkan gangguan psikiatri serius dan sebab itu cenderung bersikap agresif terhadap sesama tahanan. Delinkuen yang bersalah melakukan kejahatan/kekerasan seksual terhadap anak seringkali juga ditahan di bagian khusus. Mereka berada di lapisan paling bawah hierarkhi sosial masyarakat penjara dan selalu menghadapi risiko dianiaya oleh tahanan lainnya. Tahanan/narapidana seperti itu ditahan terpisah dan mendapat perlakuan khusus. Selama itu pula mereka di-evaluasi dalam rangka menilai seberapa jauh mereka sanggup turut serta dalam kegiatan-kegiatan bersama atau justru harus secara individual menikmati waktu di luar (udara terbuka) atau melakukan sejumlah kegiatan rekreasi yang disediakan penjara.

Di dalam institusi dengan tingkat pengamanan khusus (*extra beveiligingsniveau*) ditempatkan tahanan/narapidana yang atas dasar profil risiko yang dibuat, menunjukkan risiko sangat tinggi untuk melarikan diri dan ditakutkan bahwa jika mereka berhasil melarikan diri akan segera melakukan kejahatan atau delik kekerasan yang berbahaya.

Di samping institusi dengan tingkat keamanan normal dan lebih tinggi, juga dikenal institusi dengan tingkat keamanan terbatas (*beperkt*) dan sangat terbatas (*zeer beperkt*). Secara tradisional dikenal juga sebagai institusi setengah terbuka dan terbuka. Institusi dengan tingkat keamanan terbatas dimaksudkan untuk menampung tahanan/narapidana yang memiliki risiko melarikan diri terbatas atau dianggap tidak begitu berbahaya bagi masyarakat. Jaminan keamanan (pencegahan) terutama bersifat psikologis: apabila seseorang melarikan diri, ia sepenuhnya sadar bahwa ia sebagai ganjaran akan (kembali) ditempatkan dalam institusi yang tertutup. Salah satu syarat yang terkait untuk penempatan dalam insitusi di atas ialah bahwa tahanan memiliki alamat cuti yang dinyatakan aman oleh pengelola penjara – bukan dalam lingkungan kriminal. Cuti bulanan

merupakan bagian dari perlakuan yang ditawarkan dalam institusi ini.

Tahanan/narapidana dalam institusi dengan tingkat keamanan sangat terbatas, institusi terbuka, siang hari bekerja di luar institusi di perusahaan-perusahaan partikular atau di lembaga swadaya masyarakat (lembaga nirlaba). Terbuka pula peluang untuk mendapatkan pelatihan/pendidikan (ulang). Setiap akhir pekan, para narapidana/tahanan menikmati cuti.

Keragaman institusi seperti digambarkan di atas serta merta membuat jelas keterkaitan antara tingkat pengamanan dengan kesulitan mewujudnyatakan tujuan resosialisasi, yakni berkenaan dengan ihtar menjaga/memelihara kontak dengan dunia luar dan membuat kontak-kontak sosial tersebut bermakna. Kiranya tahanan/narapidana yang dihukum penjara untuk waktu lama sejatinya tidak dimaksudkan untuk menghabiskan seluruh masa tahanan-nya di dalam institusi tertutup. Namun sebaliknya bila ia dianggap memenuhi syarat, akan secara bertahap dipindahkan dari institusi setengah terbuka ke institusi yang sepenuhnya terbuka. Perlakuan demikian dikenal dengan istilah *detentiefasering*. Transisi bertahap menuju kehidupan bermasyarakat, dengan kebebasan dan tanggung jawab yang juga turut meningkat, kiranya sejalan dengan perintah yang diberikan kepada lembaga penjara secara keseluruhan untuk mempersiapkan tahanan/narapidana kembali bermasyarakat.

Dalam kerangka tujuan ini pula penting mencermati *Penitentiair Programma* (PP). Seorang tahanan/narapidana dapat mengikuti program tersebut dalam bulan-bulan terakhir masa tahanannya, yakni bila ia dinilai memenuhi syarat-syarat tertentu. Ia tidak boleh tergolong tahanan/narapidana yang memiliki risiko tinggi mlarikan diri, dan risiko residivis dinilai rendah. Ia bersedia untuk terlibat dalam suatu proyek kerja tertentu, mengikuti program pelatihan-pendidikan atau mengikuti program tertentu (misalnya dalam rangka menanggulangi ketergantungan pada alkohol atau obat-obatan terlarang). Tempat tinggal utama dari tahanan/narapidana bukan lagi institusi, namun rumahnya sendiri, proyek rumah tinggal bersama dengan pendampingan atau klinik rehabilitasi (dari) ketergantungan. Untuk tetap dapat melakukan pengawasan ketat, tahanan/narapidana demikian ditempatkan di bawah pengawasan elektronik. Dengan itu dapat dikontrol apakah ia pada waktu-waktu yang diperjanjikan berada di tempat di mana ia seharusnya berada.

Sebaliknya penjara di Indonesia, dikaitkan pada tinggi/rendahnya sistem pengamanan, dapat diklasifikasikan ke dalam tiga kategori: keamanan tinggi (*maximum security*), keamanan sangat tinggi (*super maximum security*) dan lembaga pemasyarakatan dengan tingkat keamanan rendah (*minimum security*). Kebanyakan tahanan/narapidana di Indonesia

Apakah pidana penjara efektif?

ditempatkan di lapas dengan tingkat keamanan rendah.

Berkenaan dengan tipologi tahanan/narapidana, perundang-undangan mensyaratkan bahwa tahanan/narapidana harus dikelompokkan dan ditempatkan berdasarkan: umur (anak, dewasa), jenis kelamin, jangka waktu pemerjaraan, jenis kejahatan yang dilakukan (narkotika-obat-obatan terlarang, teroris) dan kriteria lainnya yang relevan dengan tujuan pemasyarakatan dari tahanan/narapidana (Pasal 10, 11, 12, dan 18 UU 12/1995). Di beberapa tempat, misalnya di Jakarta, juga tersedia penjara terbuka (*open prisons*), khusus untuk menempatkan tahanan/narapidana yang berkelakuan baik.

Seberapa jauh kemudian kita dapat menggunakan gagasan institusi total yang dideskripsikan di atas untuk menggambarkan penjara di Indonesia? Rezim penjara di Indonesia kiranya lebih longgar, lebih bebas daripada yang kita temukan di Belanda, di mana tahanan/narapidana kerap seharian berada di dalam sel mereka. Sedangkan di Indonesia, tahanan/narapidana dengan mudahnya bercampurbaur sepanjang hari. Mereka cenderung hidup bersama-sama. Tidak ditemukan adanya penerapan disiplin ketat dan tahanan/narapidana dapat kurang lebih mengatur hidup mereka sendiri dalam kerangka sub-kultur tahanan di penjara.

7. Apakah pidana penjara efektif?

Apakah maksud-tujuan pemerjaraan dengan cara-cara yang digambarkan singkat di atas nyata tercapai? Apakah pidana penjara mencapai tujuan yang harus dicapainya?

7.1. *Menekan angka residivis melalui resosialisasi dan prevensi khusus*

Keberhasilan prevensi khusus dan pemasyarakatan kembali di dalam praktik diukur dari seberapa berhasil kita menekan angka residivis. Apakah penjatuhan pidana penjara berhasil mencegah tahanan/narapidana yang dibebaskan untuk tidak mengulang perbuatannya?

Pertanyaan umum ini kiranya menghasilkan jawaban yang sangat umum dan sama sekali tidak ternuansa, yakni bahwa pidana penjara ternyata tidak terlalu berhasil. 70% dari mantan narapidana dalam periode enam tahun kembali bersentuhan dengan yustisi.⁹ Dengan bertitiktolak dari konsep institusi total dan keberlakuan teori kontrol yang menyatakan bahwa ada dan berkembangnya relasi-relasi (jejaring) sosial mencegah perilaku kriminal, dapat disimpulkan bahwa tingkat residivis tinggi di atas tidaklah mengejutkan. Kehidupan di penjara justru mempelemah

⁹ Wartna 2009:126

ikatan dengan jejaring masyarakat dan tidak membuka kemungkinan untuk memperkuatnya. Kesimpulan umum demikian membenarkan pandangan bahwa pidana penjara dalam keseluruhannya tidak berhasil guna. Karena kalau berhasil seharusnya tingkat residivis jauh lebih rendah.

Setelah perang dunia ke-2, perikehidupan masyarakat Belanda di tahun 50'an abad lalu dicirikan oleh *optimisme* dan *idealisme*.¹⁰ Ada kepercayaan besar bahwa masyarakat bisa direkayasa. 'Bersama-sama kita bisa membangun masa depan yang indah'. Pendekatan ini berpengaruh pulaterhadappemikirantentangpemidanaan. Tahanan/narapidana selama di penjara harus dipersiapkan untuk masuk kembali ke dalam kehidupan normal dalam masyarakat. Mereka harus mampu hidup mandiri dalam masyarakat, tidak saja dengan tidak lagi bertindak kriminal, namun juga sebagai warga setara berpartisipasi penuh dalam kehidupan masyarakat. Mereka harus didorong untuk mengikuti pendidikan. Wajib kerja yang diterapkan di penjara ditujukan pada pemberian pendidikan lanjut dan membuat mereka terbiasa dengan kesibukan dan tanggung jawab dunia kerja. Penjara dimaksudkan untuk membantu mereka menanggulangi kekurangan-kekurangan mereka di bidang sosial maupun personal.

Ternyata praktiknya jauh berbeda dan sangat mengecewakan. Pada tahun 1970-an abad lalu masyarakat dunia Barat tidak lagi percaya pada gagasan ideal re-sosialisasi dan ihtar menekan angka residivis sampai nol. Angka residivis terlepas dari segala upaya yang telah dilakukan ternyata tetap tinggi. Selanjutnya adalah Martinson yang melakukan studi sekunder terhadap studi-studi evaluasi yang secara khusus menelaah ragam program intervensi hukum pidana. Temuannya sangat pesimistik: '*Nothing works*'¹¹. Studi tersebut berdampak jauh, tidak saja terhadap pakar-pakar kriminologi dunia akademis, namun juga pada pengambil kebijakan yang terutama menggunakan hasil studi tersebut untuk mengajukan program penghematan. Pemenjaraan ternyata tidak memberi keuntungan bahkan merugikan tahanan/narapidana. Kita sudah seharusnya merasa beruntung jika dapat setidak-tidaknya membatasi dampak pengaruh negatif yang muncul dari khususnya pengisolasian tahanan/narapidana secara paksa dari masyarakat, terputusnya relasi-relasi sosial mereka serta proses pembelajaran kejahatan antarsesama narapidana/tahanan.

10 Untuk perkembangna di Amerika Serikat dan Inggris periksa, D. Garland, o.c. 2001. Ke-dua negara tersebut menjadi rujukan utama bagi perkembangan di Belanda, sekalipun di Belanda hasilnya tidak terlalu tegas.

11 R. L. Martinson, What Works? Questions and Answers About Prison Reform, *The Public Interest*, 35, 1974, hlm. 22-54. Di kemudian hari, Martinson, merevisi kesimpulannya dan membuatnya menjadi lebih tenuansa, R.L. Martinson, New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform, *Hofstra Law Review*, 7, 1979, hlm. 242-258.

Keraguan dan kecurigaan yang ditujukan terhadap kemanfaatan pemerjaraan sebagai ihtiari re-sosialisasi yang datang dari segala penjuru memunculkan pada era 1990'an, atas dasar pendekatan teoretik baru, optimisme yang pragmatik. Hal ini terwujud dalam pendekatan *What Works*. Satu program (dalam kerangka re-sosialisasi) haruslah memenuhi sejumlah prasyarat bila hendak (sampai tingkat tertentu) menjadi efektif.¹² Pertama-tama harus dipastikan terlebih dahulu risiko seorang tahanan/narapidana menjadi residivis. Selanjutnya harus ditelaah situasi-kondisi personal dan sosial apakah yang berpengaruh terhadap kemungkinan risiko residivis (faktor-faktor kriminogen: misalnya usia, tempat tinggal, pengangguran, kecanduan/ketergantungan pada alkohol atau obat-obatan terlarang). Berikutnya dipandang juga penting cara/pola belajar seseorang, ketanggapan dan kemampuan adaptasinya (misalnya, tingkat kecerdasan, terorientasi pada diri sendiri atau kelompok). Beranjak dari hasil evaluasi tersebut kemudian harus ditentukan intervensi seperti apakah yang paling tepat-guna. Di Belanda untuk keperluan di atas telah dikembangkan skala penilaian risiko (*RISc-Risico Inschattingsschaal*), satu instrumen yang digunakan reklasering untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan yang digambarkan di atas.

Pendekatan di atas mengandaikan bahwa untuk semua orang dapat dikembangkan perlakuan yang cocok sesuai kebutuhan. Namun dalam kenyataannya juga di Belanda, sejumlah intervensi masih dalam tahap perkembangan atau tahap uji-coba. Satu program yang kerap dipergunakan ialah kursus keterampilan kognitif (*cursussen cognitieve vaardigheden-COVA-cursussen*) dan kursus keterampilan sosial (*sociale vaardigheidscursussen-SOVA cursussen*). Kursus yang disebut pertama ditujukan untuk membuat narapidana/tahanan mampu memperoleh pemahaman atas perilakunya sendiri ('di mana letak salah dan mengapa saya cenderung berbuat salah?'), sedangkan yang kedua memberikan keterampilan bergaul dengan orang-orang lain. Kursus-kursus tersebut bagi narapidana/tahanan sangat relevan, karena banyak dari mereka setelah bebas dari penjara harus berurusan dengan instansi-instansi pemerintah, yakni tatkala mereka mencari kerja, rumah/tempat tinggal atau mengurus santunan sosial.

Apa yang sebenarnya dapat kita ketahui dari kajian-kajian ilmiah perihal peluang untuk menekan angka residivis?

Apakah pemerjaraan untuk jangka waktu lama lebih efektif dari yang lebih pendek? Apakah penjara dengan metoda pengelolaan tertentu dan yang juga menggunakan program-program tertentu bekerja lebih baik dari lainnya?

Bertentangan dengan apa yang hendak dipercaya warga biasa,

12 Sherman c.s. 1997

pidana penjara lama, dibandingkan dengan pidana penjara yang lebih pendek, tidak serta merta berdampak positif terhadap pengurangan angka residivis. Apa yang ditemukan ialah bahwa pidana penjara lebih dari dua tahun efeknya justru sebaliknya dari yang diharapkan: penjara lebih lama justru meningkatkan kemungkinan residivis. Untuk sanksi-sanksi pidana lain hasilnya justru lebih positif. Ini khususnya berlaku untuk pidana denda yang ternyata efek jeranya lebih tinggi dibandingkan bentuk-bentuk sanksi lain.¹³

Sejauh manakah rezim yang diberlakukan di penjara atau penyediaan program-program intervensi tertentu berpengaruh? Pemenjaraan dikombinasikan dengan perlakuan tertentu kiranya dapat berdampak baik pada iktiar menekan residivis. Ini terutama berhasil bagi pelaku pencandu obat-obatan terlarang yang ditempatkan dalam suatu komunitas yang dirancang sebagai sarana terapi (untuk lepas dari ketergantungan). Hal serupa dapat dikatakan pula tentang narapidana/tahanan yang ditempatkan di dalam institusi setengah terbuka yang memungkinkan terpeliharanya kontak-kontak sosial dengan masyarakat.¹⁴

Kerapkali program-program yang ditujukan pada pengembangan dan pelatihan kemampuan kognitif ('pemahaman atas perbuatan sendiri') dan keterampilan sosial berhasil-guna. Hasil berbeda ditunjukkan program re-sosialisasi melalui pendekatan 'keras', penerapan dan pembelajaran disiplin. Khususnya Amerika sangat berpengalaman dengan penyelenggaraan '*boot camps*', pendidikan-pelatihan yang menerapkan disiplin keras dan di mana ketertiban-kepatuhan pada aturan diajarkan pada peserta melalui olahraga dan kerja fisik. Berbeda dengan apa yang diasumsikan oleh '*gesundenes Volksempfinden*', atau yang disebut pula pendekatan akal sehat, kiranya tidak terbukti bahwa program demikian mengakibatkan berkurangnya tingkat residivis.¹⁵

Berkaitan dengan pengurangan residivis, kiranya juga program-program pendidikan, baik pendidikan dasar maupun pendidikan khusus, dapat efektif atau setidak-tidaknya menjanjikan. Hal sama dapat dikatakan tentang program-program yang tertuju pada perolehan kerja setelah masa penahanan usai.¹⁶

Pembaca kiranya mencermati bahwa kesimpulan yang diambil perihal efek jera (menakuti) dari program (pemenjaraan) terhadap narapidana/tahanan dibuat sangat berhati-hati dan sangat ternuansa. Ini terutama dilakukan mengingat kenyataan bahwa daya kerja positif dari

13 Wartna o.c. hlm.45; 222-223

14 Wartna o.c. hlm. 45; 220 – 221;228-229

15 Wartna o.c. hlm.46

16 Wartna o.c. hlm.45;220-221; 222-223

semua itu seringkali terbatas; tingkat residivis hanya turun beberapa persen saja atau paling banyak hanya sejauh sepuluh persen.¹⁷

Lagipula tersedia hanya sedikit studi ilmiah yang ‘baik’ dalam artian memenuhi kriteria metodologis tertentu sebagai landasan untuk menarik kesimpulan tegas perihal dampak atau pengaruh pidana penjara. Bilamana suatu penelitian merujuk pada faktor seberapa tinggi atau rendahnya angka residivis, maka hal itu tidak serta merta menunjukkan adanya korelasi langsung dengan sanksi yang dijatuhkan atau intervensi yang diberikan.

Jika kita hendak menarik kesimpulan tegas tentang makna dari dan dampak pemenjaraan terhadap peluang residivis dibandingkan dengan penjatuhan bentuk-bentuk pidana lainnya, maka kelompok terpidana yang menjalani penjara haruslah dapat diperbandingkan (dalam arti memiliki karakteristik serupa) dengan kelompok (kontrol) yang misalnya dihukum dengan pidana denda atau kerja sosial. Bila syarat (metodologis) demikian tidak terpenuhi, maka sebenarnya tidak dapat diambil kesimpulan pasti tentang ada/tidaknya korelasi positif antara ragam pidana yang dijatuhkan dengan dampak yang ditimbulkan, satu dan lain karena mungkin saja situasi/kondisi personal dari pelaku atau faktor-faktor lain justru lebih berpengaruh.¹⁸

Dari sudut pandang (metoda eksperimental di atas serta) kepentingan pengukuran efektivitas sanksi, maka seharusnya hakim dengan melempar dadu menentukan apakah terdakwa tertentu, misalnya, dikenakan hukuman penjara atau denda. Dalam situasi demikian, maka dua kelompok yang dikenakan sanksi berbeda secara sistematis tidak dapat dibedakan satu sama lain dan selanjutnya dengan membandingkan dampak pengenaan sanksi terhadap kedua kelompok tersebut dapat ditarik kesimpulan yang lebih pasti perihal dampak atau pengaruh penjara. Namun demikian, dari sudut pandang kesamaan hukum (*rechtsgelijkheid*) dan perlindungan masyarakat, hakim kiranya tidak mungkin membiarkan terbuka peluang dijatuhkannya pidana berat untuk kejahatan ringan dan sebaliknya hukuman ringan untuk kejahatan berat, yakni dengan cara lempar dadu di atas. Ini jelas bertentangan dengan titik tolak kewajiban hakim untuk menghukum selaras dengan tingkat keseriusan (kejahatan) perbuatan dan kesalahan pelaku.

Beranjak dari itu semua, lebih dapat diterima (dari sudut pandang hukum) ialah untuk di dalam penjara membentuk secara acak beberapa kelompok narapidana/tahanan yang akan berpartisipasi atau justru dikecualikan dari sejumlah intervensi. Dengan cara itu, pengaruh atau dampak

17 McGuire 2000

18 Ini menjadi landasan untuk dapat menarik kesimpulan yang dapat dipertanggungjawabkan tentang pengaruh sanksi dan intervensi. Untuk mendapatkan uraian yang lebih rinci dan cermat periksa Wartna o.c. bab 5

intervensi (antara lain terhadap residivis) dapat lebih mudah diukur.

Di sini fokus kita adalah pada pengaruh penahanan/perampasan kemerdekaan terhadap residivis. Bisa saja itu terjadi semata-mata sebagai akibat efek jera (prevensi khusus), namun juga disebabkan oleh penyelenggaraan aktivitas di penjara yang ditujukan pada re-sosialisasi, seperti misalnya pendidikan/pelatihan keterampilan tertentu. Seperti sudah disinggung sebelumnya, prevensi khusus dan resosialisasi tidaklah dapat kita tempatkan setara. Re-sosialisasi bagaimanapun juga, sekalipun hanya diduga memiliki efek positif terhadap residivis, harus dianggap tujuan dalam dirinya sendiri. Bahkan juga bila tidak berhasil menekan resividis, ihtar ini tetap dapat dianggap bermakna. Setidak-tidaknya, mereka yang dibebaskan kembali ke dalam masyarakat kemudian mendapatkan modal sosial lebih, sekalipun hal tersebut tidak ternyata mengakibatkan penurunan angka residivis.

7.2. Daya kerja prevensi umum dari pemidanaan

Seberapa-jauhkah ancaman pidana memiliki efek jera terhadap masyarakat secara umum? Apakah warga taat dan patuh pada undang-undang terutama karena takut akan dihukum bila melanggar?

Jika kita mencuri dengar pandangan-pandangan yang diajukan warga-masyarakat, kerapkali kita dengar: ‘Seharusnya dijatuhan hukuman lebih berat, dengan itu orang pasti takut atau jera berbuat jahat’. Pandangan umum di atas implisit beranjak dari teori pilihan rasional (kebebasan) sebagai penjelasan atas gejala kriminalitas: warga secara umum dalam memutuskan berbuat atau tidak berbuat, termasuk untuk melakukan/tidak melakukan kejahatan, selalu terlebih dahulu berhitung untung-rugi’. Jika pidana penjara yang lama mengikuti dilakukannya suatu kejahatan, maka biaya dari perampasan kemerdekaan dan rezim pemerjaraan yang keras tidaklah akan sebanding dengan keuntungan yang diperoleh dari, misalnya, pencurian atau perampokan bank. Di sini kita belum menyinggung efek preventif dari pidana badan. Penerapan sanksi keras karena itu dianggap memiliki efek jera, yakni sebagai ancaman yang menakut-nakuti masyarakat untuk tidak melakukan kejahatan.

Kenyataannya lebih rumit dari gambaran di atas. Apa yang diabaikan ialah bahwa ada banyak alasan atau sebab orang melakukan kejahatan. Kekerasan yang dilakukan oleh remaja kerap terjadi atau dilakukan dalam ikatan kelompok, di mana situasi saling mempengaruhi dalam kelompok dan ledakan emosi sesaat memainkan peran sangat penting. Suatu pembunuhan bisa saja dilakukan dilandaskan perhitungan matang yang diambil dengan kepala dingin (dengan rencana), namun seringkali pula dilakukan dalam kerangka latarbelakang relasi korban-pelaku yang lebih kompleks. Kekerasan seksual terhadap anak-anak dilakukan oleh orang-

Apakah pidana penjara efektif?

orang yang tidak dapat mengendalikan hasrat seksual mereka. Pelaku kejahatan demikian oleh psikiater di dalam laporan (diagnosa) mereka sebagaimana disampaikan dihadapan sidang dinyatakan sebagai pelaku yang tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban moral (pidana).

Di atas hanyalah sejumlah contoh yang membuat jelas bahwa perilaku kriminal kadangkala tidak cukup dijelaskan dari perhitungan rasional untung rugi, dan sebaliknya harus dijelaskan dengan memperhitungkan ragam faktor lain yang lebih kompleks. Pengenaan sanksi pidana berat tidak serta merta akan mencegah dilakukannya kejahatan-kejahatan tersebut. Tindakan keras dan tegas kiranya hanya efektif terhadap pelanggaran yang diperbuat oleh pelaku yang benar mempertimbangkan untung-ruginya secara rasional, seperti pelanggaran lalulintas, mengemudikan kendaraan melebihi batas kecepatan, mengabaikan lampu merah di persimpangan, mengutil atau tatkala menggelapkan pajak.

Dalam hal demikian muncul dilema bahwa reaksi keras tampaknya berfungsi preventif hanya terhadap bentuk-bentuk kriminalitas yang relatif ringan. Memenjarakan mereka yang mengemudikan kendaraan melebihi batas kecepatan kiranya akan mendorong pengguna jalan raya lainnya mematuhi aturan batas kecepatan. Namun cara ini sekaligus bertentangan dengan asas-asas negara hukum yang mensyaratkan bahwa kita hanya dapat menghukum seseorang beranjak dari atau selaras dengan tingkat ketercelaan perbuatan dan kesalahan pelaku. Lagipula dari penelitian ilmiah terbukti bahwa prevensi umum hanya akan efektif bilamana dikaitkan dengan peluang tertangkap dan diproses. Bilamana terhadap tindakan mengemudi dalam keadaan terpengaruh alkohol/mabuk diancam dengan pidana berat, namun tidak pernah atau jarang dilakukan kontrol kadar alkohol oleh polisi terhadap pengemudi kendaraan bermotor, kita tidak perlu banyak berharap bahwa ancaman tersebut memiliki efek jera umum. Logika serupa berlaku pula dalam ihtiar pencegahan atau pemberantasan tindak pidana korupsi, penggelapan pajak maupun *cybercrime*.¹⁹

Sampai di sini kita telah bahas seberapa jauh tujuan-tujuan prevensi atau re-sosialisasi berhasil dicapai, di mana tolok ukur utama ialah penurunan angka residivis serta pencegahan kriminalitas. Pada bagian terakhir tulisan ini, akan dibahas lebih rinci tujuan pemidanaan dalam wujud pemeliharaan keamanan (umum), dalam arti membuat pelaku tidak lagi berdaya untuk melakukan kejahatan (*incapacitation*). Satu dan lain karena tujuan ini dalam sepuluh tahun kebelakang, setidak-tidaknya mengikuti perkembangan di dalam masyarakat Barat, dilirik kembali dan

19 Untuk gambaran yang lebih luas tentang antara lain daya kerja prevensi umum dari pidana lihat Elffers 2008, Van Dijk e.a. 2009, Kleemans 2001 , Moerland 1993

ditelaah dari sudut pandang berbeda.

8. Penerapan dan pengejawantahan tujuan pengamanan

8.1 Pengamanan dalam masyarakat penuh risiko

Kesejahteraan materiil yang dinikmati masyarakat dunia Barat mencapai tahapan yang mengagumkan, namun serta merta memunculkan risiko tidak tampak dan tidak terduga sebelumnya. Produk-produk canggih yang melingkupi kehidupan kita sehari-hari serta makanan yang secara kualitatif sangat tinggi justru menghasilkan timbunan sampah (kimiawi) serta pemiskinan-pencemaran lingkungan. Di samping itu kita juga menghadapi risiko serta ancaman pecahnya perang nuklir dan kimia, bencana lingkungan, serta juga serangan teroris. Melekat pada kehidupan modern adalah rasa tidak aman yang terkait berkelindan dengan ancaman dan risiko kehidupan dunia modern. Oleh *Ulrich Beck* dengan tepat digambarkan sebagai masyarakat modern penuh risiko (*de moderne risicomaaatschappij*).²⁰

Kita hidup dalam masyarakat yang mengalami lonjakan kemajuan teknik yang tidak dapat mengendalikan dan menguasai risiko yang muncul darinya. Kemajuan teknologi betul berhasil mendorong peningkatan kesejahteraan masyarakat, namun juga menyembunyikan ragam ancaman bahaya yang sulit dikendalikan. Kita selalu berupaya keras mengantisipasi semua ancaman tersebut, namun sampai saat ini, semua upaya tersebut belum menunjukkan hasil apapun.

Gambaran di atas perihal masyarakat penuh ancaman (risiko) juga mencakup ancaman yang muncul dari ragam wujud kriminalitas. Kejahatan terjalin erat dengan kehidupan masyarakat dan mewujudkan diri dalam pelbagai bentuk mulai dari kekerasan yang dilakukan serampangan di jalanan (tanpa tujuan/makna: *meaningless violence-zinloos geweld*) dan perampukan/pencurian yang dilakukan pecandu sampai dengan korupsi yang dilakukan penguasa serta kriminalitas yang dilakukan dengan bantuan internet. Merupakan ilusi bahwa masyarakat dapat dan mampu memberantas semua bentuk kejahatan sampai ke akar-akarnya. Kita sudah harus bersyukur bilamana mampu menekan jumlah kejahatan dan mencegah penyebarannya. Lagipula kita juga harus cermati pandangan bahwa setiap masyarakat berbeda akan mendapatkan bentuk-bentuk kejahatan yang layak diperolehnya.

Sebab itu pula semakin penting dan menyolok dorongan dan kebutuhan menjamin (memelihara) keamanan dan dengan cara itu pula ihtiar menekan risiko yang muncul di masyarakat. Dorongan

20 .U.Beck, *Risk Society, Towards a new modernity*. Sage Publications, London, 1992. Gagasan-gagasannya lebih lanjut ia kembangkan di dalam U. Beck, *World Risk Society*. Polity Press, Cambridge, 1999

dan kebutuhan untuk mewujudkan masyarakat yang lebih aman terus meningkat dan kiranya hal itu dilandaskan pada adanya ancamannya. Sekalipun harus pula diperhatikan bahwa rasa tidak aman tidak selalu berjalan seiring dengan perkembangan serta peningkatan kriminalitas. Demikian, maka secara keseluruhan terjadi penurunan kriminalitas dalam beberapa tahun terakhir ini – bukan peningkatan –, namun seruan masyarakat akan perlunya keamanan ditingkatkan semakin keras bergaung dan sekaligus toleransi masyarakat terhadap gangguan keamanan terus mengalami penurunan.²¹

Semangat mempersenjatai diri terhadap ancaman bahaya serta risiko dapat pula kita tenggarai muncul dalam ihtiar pemberantasan kejahatan, apa yang kita kenal sebagai kebijakan justisi (penegakan hukum) beranjak dari risiko (*risicojustitie*). Dalam pada itu kita dapat cermati bagaimana pemikiran yang beranjak dari pengurangan risiko atau ancaman bahaya yang kemudian melandasi pembuatan perundang-undangan pidana dan penegakan hukum pidana mengandung sisi negatif. Dikatakan negatif karena berdampak buruk tidak saja terhadap upaya memberikan perlindungan hukum kepada pencari keadilan (*justiabele*) terhadap penguasa, namun juga dalam perspektif instrumental, mengancam ihtiar perlindungan warga oleh penguasa.

Di dalam hukum pidana formil, campur tangan jusitisi (aparat penegak hukum) sekarang ini sudah dimungkinkan pada tahapan makin awal. Dahulu ‘adanya dugaan masuk akal dilakukan tindak pidana’ (*het redelijk vermoeden van een strafbaar feit*) terhadap seorang pelaku tertentu dianggap titik balik yang menentukan kapan polisi bisa beranjak dari tindakan pengawasan rutin dan beralih pada tahapan lanjut, yaitu melakukan penyidikan serta mendayagunakan alat-alat paksa (*dwangmiddelen*). Sekarang ini sekadar adanya ‘kecurigaan dilakukannya suatu kejahatan’ (*verdenking van een misdrijf*) secara umum sudah merupakan titik tolak untuk mulai mendayagunakan sejumlah alat/sarana paksa, seperti penyadapan telepon, dan penggunaan polisi yang melakukan penyamaran/penyusupan dalam rangka mencari informasi (*undercoveragenten*). Petunjuk (*aanwijzingen*) adanya tindak persiapan aksi/serangan terorisme sudah memberikan landasan cukup untuk mulai mendayagunakan ragam tindakan penyidikan.

Bahkan juga di dalam hukum pidana materil semakin kita rasakan pengaruh kebijakan penegakan hukum atas dasar ancaman/risiko. Ini tidak saja berlaku bagi perundang-undangan hukum (pidana) yang bersifat menata/mengatur (*ordeningswetgeving*). Inheren di dalam hukum pidana demikian ialah ihtiar menghindari atau mencegah munculnya situasi tidak

21 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, SDU, Den Haag, 2002, hlm. 221.

aman. Ilustrasi dari itu, misalnya dalam aturan lalulintas/jalan raya, ialah mengancam dengan pidana perbuatan mengendarai kendaraan bermotor dengan cara berbahaya atau mengemudi dalam keadaan terpengaruh minuman beralkohol. Tindakan pengemudi kendaraan bermotor diancam dengan pidana bukan karena ia dengan mengendarai kendaraan melewati batas kecepatan atau di bawah pengaruh alkohol mengakibatkan kecelakaan, namun karena secara statistis telah ditunjukkan bahwa cara mengemudi tersebut meningkatkan risiko kecelakaan. Juga di dalam hukum pidana umum (*reguliere strafrecht*) dapat kita cermati bagaimana rumusan delik diperluas. Apa yang diancam pidana tidak lagi sekadar perbuatan yang menimbulkan kerugian dan nyata mengganggu atau mengancam keamanan/ketertiban umum atau orang per-orang, namun juga perbuatan yang dalam dirinya memuat risiko demikian.

Pendekatan di atas jelas berpengaruh terhadap bagaimana peraturan perundang-undangan tentang terorisme dikembangkan dan dipertajam. Lingkup rumusan perbuatan yang diancam dengan pidana diperluas dengan cara menetapkan tidak saja tindakan melakukan aksi terorisme sebagai tindak pidana, melainkan juga tindakan-tindakan persiapan (*voorbereidingshandelingen*) yang terkait dengan terorisme, seperti misalnya pengumpulan/perolehan senjata. Juga dicakupkan ke dalam lingkup hukum pidana, kegiatan persiapan lainnya seperti permufakatan jahat dan aksi merencanakan aksi-aksi teror, sekalipun belum diambil tindakan persiapan konkret untuk mewujudkan rencana tersebut. Beranjak dari itu dapat dikatakan bahwa sekarang ini kita sudah menerima dan memberlakukan pendekatan *Gesinnungsstrafrecht*, di mana menganut paham/pandangan hidup tertentu sudah diancam dengan pidana. Padahal pendekatan ini dahulu selama bertahun-tahun ditolak atas dasar prinsipil. Pikiran tidak lagi bebas (dari jangkauan hukum pidana), hal mana dibenarkan atas dasar kepentingan membendung risiko yang ditimbulkan pikiran terhadap keamanan masyarakat.

8.2. *Tindakan ISD (ISD-maatregel)*

Pembuat undang-undang tidak hanya memperluas cadangan senjatanya untuk memberantas kejahatan melalui hukum pidana formil dan materiil. Di samping itu, pembuat undang-undang juga menciptakan sanksi perampasan kemerdekaan baru yang tidak terutama ditujukan sebagai senjata untuk memberantas kejahatan tertentu dan menghukum pelaku. Sanksi demikian sebaliknya ditujukan terutama pada kepentingan mencegah berkembangnya situasi (gangguan keamanan) yang tidak diinginkan. Satu contoh sanksi demikian ialah tindakan hukum pidana berupa penempatan dalam satu institusi (penitensier) pelaku kambuhan (*stelselmatige daders- ISD-maatregel*). Dengan itu dimungkinkan untuk

mengurung untuk jangka waktu lama (2 tahun), pelaku tindak pidana kambuhan baik pelaku-pecandu maupun yang bukan.

Perlu ditambahkan sebagai informasi tambahan di sini: berbeda dengan yang terjadi di Indonesia, pengguna obat-obatan terlarang tidak dituntut dan diadili (karena menggunakan obat-obatan terlarang). Mereka baru akan berurusan dengan aparat penegak hukum apabila kecanduan atau ketergantungan mereka sekaligus dibarengi dengan kejahatan harta benda (*vermogenscriminaliteit*). Kiranya keuntungan atau hasil kejahatan tersebut akan mereka gunakan untuk membeli obat-obatan terlarang. Sebaliknya untuk penjual/pengedar obat-obatan terlarang tersebut berlaku kebijakan penuntutan yang tegas.

Tindakan ISD (*ISD-maatregel*) tidak dikenakan terhadap pelaku kambuhan karena mereka bersalah melakukan delik-delik serius atau berdasarkan derajat kebersalahannya serta tanggungjawabnya sebagai individu. Hal itu tidaklah dianggap sebagai pemberian tindakan mengisolasi mereka dari masyarakat untuk maksimal dua tahun. Sebaliknya pemberian yang melandasi pengenaan tindakan demikian ialah karena mereka dengan kerapnya melakukan pencurian/perampokan (rumah), dalam rangka mendapatkan uang untuk memenuhi kecanduan mereka, menimbulkan gangguan serius dan berlanjut terhadap ketertiban umum. Hal mana tidak lagi dapat ditengang. Dapat diperkirakan bahwa mereka akan terus menerus melakukan kejahatan tersebut di masa depan. Mereka itu digolongkan ke dalam kategori memiliki peluang besar untuk residivis. Untuk menanggulangi ancaman demikian, maka mereka untuk sementara waktu dikucilkan dari masyarakat.

Sanksi yang dijatuahkan hakim pada pelaku kambuhan tidak dilandaskan pada pertimbangan tingkat keseriusan perbuatan yang dilakukan ataupun derajat kesalahan dari perbuatan di maksud, melainkan pada pertimbangan potensi gangguan yang muncul dari pelaku. Perampasan kemerdekaan berubah dari sarana represif yang digunakan sebagai upaya terakhir (*ultimum remedium*) menjadi instrumen preventif dalam ihtiar memerangi gangguan dan ancaman keamanan masyarakat. *Penjatuhan sanksi* seperti di atas terorientasi pada masa depan. Terpidana dibuat menjadi tidak berdaya (melalui pemenjaraan) dengan tujuan mencegah atau menanggulangi kemungkinan munculnya tindak pidana di masa depan: bila kita mengurungnya cukup lama, maka niscaya masyarakat aman terhadap ancaman gangguan yang mungkin muncul darinya dan dengan cara itu pula kriminalitas dapat ditekan.

Penulis di bawah ini akan secara khusus menelaah apakah hal ini dalam kenyataan benar terwujud atau tidak. Kendati begitu adalah lebih penting mencermati kenyataan bahwa pengenaan sanksi pidana, dengan penekanan pada ancaman masa depan, semakin terlepas dari (asas) proporsionalitas, yakni menjatuhkan pidana berdasarkan titik

tolak tingkat keseriusan dan kadar kesalahan pelaku. Dengan itu pula diciptakan pintu belakang melalui tindakan yuridis (*juridische maatregel*). Melalui cara ini dapat disimpangi sejumlah asas-asas (hukum pidana). Penjatuhan pidana tidak lagi dilakukan *karena* (*sebagai reaksi terhadap; vanwege*), melainkan *atas dasar atau dengan merujuk (naar aanleiding)* pada (ancaman yang datang dari) tindak pidana.

Tindakan ISD di atas tidak secara khusus ditujukan pada pencandu obat-obatan terlarang, namun juga pada kategori lainnya, misalnya pencandu alkohol dan mereka yang mengalami gangguan kejiwaan. Keduanya karena perilaku kriminal yang kerap mereka perbuat dianggap memunculkan gangguan ketertiban/keamanan pada masyarakat. Ada atau munculnya masalah kemasyarakatan tertentu secara nyata tidak dipersyaratkan. Untuk penjatuhan pidana demikian, cukuplah bilamana tersangka/terdakwa dalam waktu lima tahun terhitung dari delik untuk manajemen disidangkan, setidak-tidaknya telah diputus final tiga kali berturut-turut dengan pidana (*straf*) atau tindakan (*maatregel*) berupa perampasan atau pembatasan kemerdekaan. Ketentuan demikian membuat jelas bahwa tindakan ISD dimaksudkan sebagai tindakan keamanan (mencegah gangguan keamanan di masa depan). Tujuan utamanya ialah mengamankan masyarakat dan mencegah peluang residivis dari terdakwa (Pasal 38m. (2) Sr). Hanya dalam hal adanya persoalan yang terkait dengan ketergantungan/kecanduan atau problematika spesifik lainnya yang berkaitan dengan diperbuatnya tindak pidana, tindakan ISD tersebut juga sekaligus ditujukan untuk menaggulangi persoalan di atas yang muncul (Pasal 38m (3) Sr)

8.3. Lantas apakah masyarakat jadi lebih aman?

Ternyata pula sudah pernah dilakukan penelitian perihal korelasi antara gangguan terhadap keamanan dengan lamanya pelaku dikurung.²² Untuk jangka waktu 2001-2007 ditelaah apakah pengenaan tindakan-ISD mengakibatkan penurunan tingkat kriminalitas (dalam bidang kejahatan yang banyak dilakukan berulang oleh pelaku kambuhan). Tatkala ratusan pelaku kambuhan dikurung, maka laporan yang masuk tentang kejadian pembongkaran mobil dan perampokan rumah mengalami penurunan sampai 30%. Diperkirakan pula bahwa jumlah pelaku kambuhan yang dikenal polisi aktif di wilayah kejahatan tersebut berkurang sampai dengan seperempatnya. Kebanyakan pelaku kambuhan yang dalam periode tersebut terkena tindakan ISD, ialah para pencandu obat-obatan terlarang (berusia 40 tahunan) yang selama bertahun-tahun terasing dan terpinggirkan dari masyarakat, karena tidak dapat memperoleh pekerjaan,

22 Het effect van langdurige opsluiting van veelplegers op de maatschappelijke veiligheid, BenVollaard, Universiteit van Tilburg, 2010

tidak dapat memperoleh rumah kediaman tetap dan tidak memiliki relasi sosial yang stabil. Dikurungnya mereka tidak lagi dapat memperburuk keadaan yang mereka sudah alami. Sebaliknya kurungan dianggap sebagai perbaikan keadaan. Kelompok di atas yang terkena tindakan ISD mengalaminya sebagai hal yang relatif positif. Mereka menikmatinya sebagai rehat dari nasib buruk dan kesempatan untuk beristirahat serta memulihkan kekuatan.

Vollaard, namun demikian, menunjukkan bahwa situasi di atas tidak berlaku bagi pelaku kambuhan, pendatang (*migran/allochton*) dari kelompok umur lebih muda. Bagi mereka, penahanan dalam jangka waktu lama berarti terputusnya ikatan-ikatan normal dengan masyarakat dan juga gangguan terhadap kelanggengan relasi kerja dan personal mereka. Berdiam di penjara bagi mereka justru berisiko memunculkan efek sekolah kejahatan (*crime school*). Terlebih lagi, generasi yang sekarang ini terkena tindakan ISD banyak mengalami gangguan kejiwaan. Terlepas dari itu apa dampak tindakan ISD terhadap kelompok sasaran baru di atas dalam jangka panjang, khususnya berkenaan dengan risiko residivis, belum banyak diketahui.

Diberlakukannya tindakan ISD beberapa tahun lalu kiranya selaras dengan tumbuh kembangnya pemikiran risiko, yaitu bagaimana mencegah sejauh mungkin ancaman bahaya di masa depan, termasuk dengan mendayagunakan hukum pidana. Kendati begitu belum banyak diketahui apa dampak jangka panjang tindakan demikian, yaitu ketika para pelaku kambuhan tersebut kembali bebas. Apakah tindakan *incapacitation* (membuat tidak berdaya dengan mengurung) akan berpengaruh positif terhadap pengurangan angka residivis, yakni bila pelaku kambuhan tersebut kembali bebas dalam kehidupan masyarakat atau sebaliknya mereka akan segera ‘mengejar ketertinggalan mereka’ (kembali terjebak dunia kriminal) satu dan lain karena penahanan yang lama memutus ikatan-ikatan sosial mereka dan alhasil mereka terasing dan terpinggirkan? Ataukah selama tindakan ISD dijatuhkan juga secara sungguh-sungguh dipikirkan bagaimana menanggulangi masalah sosial dan pribadi yang mendera pelaku sedemikian sehingga mereka kemudian cukup dipersiapkan untuk kembali masuk ke dalam masyarakat? Terus terang penulis sangat mencemaskan persoalan-persoalan yang akan muncul di masa depan berkenaan dengan pengenaan tindakan ISD di atas.

9. Kesimpulan

Pemenjaraan delinkuen untuk jangka waktu lama kiranya berkelindan dengan kebutuhan atau tuntutan untuk itu yang muncul di masyarakat. Menghukum dari sudut pandang ini tidak mungkin dan tidak pernah akan cukup berat. Karena itu dari sudut pandang pendekatan pembalasan,

pemenjaraan harus dikatakan efektif. Sebaliknya jika sudut pandang kita adalah bagaimana peluang untuk melalui pidana penjara membuat masyarakat lebih aman dan menekan angka kejahatan, maka akan muncul kesimpulan berbeda. Selama delinkuen dikurung di penjara, masyarakat aman dari gangguan yang mungkin muncul dari mereka. Namun pada saat sama, hal ini bukan jaminan bahwa mereka setelah dibebaskan dan kembali ke dalam kehidupan masyarakat akan tetap mematuhi peraturan perundang-undangan. Sebaliknya yang terjadi. Semakin lama tahanan/narapidana dikurung dalam penjara, meningkat pula kemungkinan residivis setelah mereka dibebaskan. Penuansaan dari gambaran suram di atas hanya mungkin dilakukan bilamana sudah sejak penahanan melalui ragam intervensi diberi perhatian akan faktor-faktor apa yang menyebabkan perilaku kriminal dan dilakukan sejumlah persiapan untuk mengembalikan tahanan/narapidana ke dalam kehidupan masyarakat: apa sebenarnya latarbelakang dan alasan delinkuen melakukan apa yang dilakukannya dan apakah kita dapat membekalinya dengan sejumlah kemampuan sosial yang lebih baik ketika ia dikembalikan kepada masyarakat. Upaya demikian membutuhkan kerja keras dan juga biaya tinggi. Apakah anggaran untuk itu benar tersedia dan kita sebagai masyarakat betul hendak menginvestasikan uang dan kerja ke dalam upaya demikian?

Kendati begitu, penjara tidak dimaksudkan hanya untuk menakut-nakuti (membuat jera) pelaku yang tertangkap (prevensi khusus), dengan menghukum pelaku kejahatan kita juga hendak mencegah pelaku-pelaku potensial kejahatan mewujudkan niat buruk mereka itu (prevensi umum). Di sinipun kita harus melangkah hati-hati dan tidak gegabah menarik kesimpulan. Membuat jera dengan cara menakut-nakuti kiranya hanya akan efektif terhadap pelaku potensial yang mempertimbangkan dengan nalar sehat untung-rugi perbuatannya. Itupun apa yang menjadi ancaman efektif bukanlah tingginya pidana yang diancamkan, melainkan pertimbangan seberapa besar peluang tertangkap. Demikian, maka pelaku yang melakukan perbuatan (jahat) atas dasar keyakinan terdalam atau karena ter dorong oleh situasi-kondisi personal atau sosial tidak akan merasa takut akan ancaman pidana. Optimisme perihal efektivitas pidana kiranya hanya berlaku terbatas, yaitu berhadapan dengan pelaku potensial yang mengejar kekuasaan dan uang/harta.

DAFTAR PUSTAKA

J.J.M. van Dijk, I. Sagel-Grande & L. Toornvliet, *Actuele criminologie*. Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

H. Elffers, Een straffe aanpak (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

J.P.S. Fiselier, Penitentiaire inrichtingen in soort en maat, In: E.R. Muller & P.C. Vegter (red.), *Detentie*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, hlm. 161-198.

E. Goffman, *Totale Instituties*. Rotterdam: Rotterdam Universitaire Pers 1975.

'Handboek Rechtspositie Gedetineerden', Den Haag: Sdu uitgevers 2004, hlm. 75-77

T. Hirschi, *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press 1969.

A. van den Hurk, aangehaald in: J. Fiselier, Wat werkt averechts? In: A. Hartevelde, D.H. de jong, en E. Stamhuis, *Systeem in ontwikkeling: Liber Amicorum G. Knigge*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, hlm. 151

G. de Jonge, Arbeid, In: E.R. Muller en P.C. Vegter (red.), *Detentie*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, hlm. 583-612.

C. Kelk, *Nederlands detentierecht*. Deventer: Kluwer 2008, hlm. 20-22.

E. R. Kleemans, Rationele keuzebenaderingen, In: Lissenberg, E., S. van Ruller en R. van Swaanningen (red.), *Tegen de regels IV. Een inleiding in de criminologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, hlm. 153-170.

J. de Lange en P.A.M. Mevis, De gedetineerde als rechtssubject; algemene aspecten van de rechtspositie van gedetineerden, In: E.R. Muller en P.C. Vegter (red.), *Detentie, Gevangen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, hlm. 389.

R.L. Martinson, 'What Works? Questions and answers about prison reform', *The Public Interest*, 35, 1974, 22-54.

J. McGuire, *What Works in reducing criminality?* Perth: Australian Institute of Criminology 2000.

M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid*, 23 september 2003, Oratie Universiteit Leiden.

Hans Moerland, 'Afschrikking, de bakermat van de rationele keuzebenadering in de criminologie', *Tijdschrift voor Criminologie* 1993, nr. 2, hlm. 110-126

M. Post, *Detentie en culturele diversiteit*. Den Haag: BJU 2005.

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Straf en zorg: een paar apart; passende interventies bij delictplegers met psychische en psychiatrische problemen*. Amsterdam: SWP 2007.

Sherman c.s., Preventing crime, what works, what doesn't, what's promising, Washington D.C. US Department of Justice 1997

Th.W. van Veen, 'Gedenken van Jonkers: her-denken over de vrijheidsstraf', *NJB*, 1987, 600-604.

B.S.J. Wartna, *In de oude fout, Over het meten van recidive en het vaststellen van het succes van strafrechtelijke interventies*. Den haag: Boom juridische uitgevers 2009, hlm.126.

BAGIAN 5

ALTERNATIF

PERADILAN RESTORATIF : MODEL ALTERNATIF PERLINDUNGAN HUKUM ANAK DALAM PERSPEKTIF HUKUM NASIONAL DAN INTERNASIONAL

Paulus Hadisuprapto

Cara suatu masyarakat memperlakukan anak, tidak hanya mencerminkan kualitas rasa iba, hasrat untuk melindungi dan memperhatikan anak, namun juga mencerminkan kepekaannya akan rasa keadilan, komitmennya pada masa depan anak dan peranan penting anak seba gai generasi penerus bangsanya.

(Javier Perez de Cuellar, 1987)

Pengantar

Masalah anak ditinjau dari aspek sosio-kultural dan hukum selalu saja aktual dan tak pernah sepi didiskusikan dalam berbagai kegiatan ilmiah, mulai dari tahapan kebijakan hingga tahap aplikatif, baik di tingkat nasional maupun regional bahkan juga internasional.

Perilaku Anak dalam konteks hukum pidana, dapat menduduki subjek hukum, sebagai pelaku (*offenders*) maupun sebagai korban (*victim*). Pembicaraan posisi anak yang demikian itu, tampaknya mempunyai implikasi pendekatan penal yang ber beda, anak sebagai pelaku memerlukan pendekatan hukum pidana dalam posisinya yang demikian, dan baginya diperlukan ketentuan perundang-undangan pidana (anak) yang diberlakukan dalam penanganannya lewat sistem peradilan pidana (anak), sementara kedudukan anak sebagai korban dalam konteks pembicaraan hukum pidana, akan merambah dalam pembicaraan hukum anak (hukum perlindungan anak) dan hukum pidana orang dewasa, hukum pidana yang mengatur perilaku orang dewasa yang melukai hak-hak anak di masyarakat.

*) Makalah dipresentasikan dalam **Kuliah Umum** di Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Surabaya tanggal 10 Desember 2009.

Penelusuran kajian-kajian akademik tampaknya cukup mengedepan model-model pendekatan penanganan anak-anak bermasalah dalam bidang hukum, baik sebaik pelaku maupun sebagai korban dalam pendekatan yang disebut peradilan restoratif. Pendekatan-pendekatan model ini sudah sangat marak dijumpai dalam praktik-praktik penanganan anak-anak di berbagai negara.

Untuk maksud tersebut, maka dalam kesempatan ini, ingin dikemukakan satu pemikiran prospektif akademik yang menyangkut model peradilan restoratif dalam konteks penanganan anak yang bermasalah dengan hukum (baik sebagai pelaku maupun sebagai korban kejahanan).

Kasus-kasus anak bermasalah dengan hukum

Anak sebagai pelaku

Kisah seorang Muhammad Azwar atau yang lebih terkenal dengan nama Raju seorang anak berusia 8 tahun kurang 2 bulan, yang terlibat perkelahian dengan temannya Armansyah yang usianya lebih tua, telah menerima perlakuan sebagai pelaku penganiayaan dan diadili di Pengadilan Negeri Stabat Cabang Pangkalan Brandan, Kabupaten Langkat, Sumatra Utara. Kasus ini menjadi pusat perhatian para pemerhati hukum secara nasional dan ditanggapi oleh berbagai lembaga seperti Komnas Anak, Komisi Yudisial dan Kontras. Bahkan Presiden Susilo Bambang Yudoyono juga perlu mengutus staf ahlinya – Yenny Zanuba Chafsoh Abdur Rachman Wahid untuk melakukan klafirikasi.

Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan (Kontras) menyatakan protes keras atas perlakuan tidak manusiawi yang dilakukan oleh Hakim Pengadilan Negeri Stabat yang mengadili Raju, utamanya terarah pada penahanan Raju di dalam tahanan orang dewasa dan di dalam persidangan, hakim mengenakan seragam. Komnas Perlindungan Anak meminta agar "sidang Raju dihentikan", Komisi Yudisial menyatakan "Hakim kasus Raju Menyedihkan", media massa pun tak kalah gigih mengungkapkan keprihatinan kasus Raju, "Takut Disidang Raju Menangis" (Indopos); "Raju divonis Bersalah" (Indopos), "Pemidanaan anak akan diminimalkan" (republika). Simpulan yang dapat dikemukakan sehubungan dengan fenomena tersebut adalah satu ungkapan "Tentu ada yang Salah", Kasus Raju ini dapat dikategorikan anak sebagai pelaku sekaligus sebagai korban dari bekerjanya Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia. Tentu ada yang salah, apanya yang salah ? Bisa menyangkut ketentuan normatif dari ketentuan perundangan yang dijadikan dasar hukum penanganan anak-anak pelaku kenakalan, atau mungkin juga kesalahan pada penafsiran aparat penegak hukum terhadap ketentuan normatif yang menjadi dasar hukum

penanganan anak-anak pelaku kenakalan itu.

Faktor korelasional kriminogen pelaku anak

Upaya penanggulangan kenakalan anak paling "trep" bila dilandasi pemahaman yang memadai tentang faktor-faktor korelasional Kriminogen perilaku kenakalan anak. Banyak teori ditawarkan dalam upaya memahami sebab-sebab terjadinya perilaku kenakalan anak, dalam kesempatan ini hanya dikemukakan salah satu saja, teori yang mengetengahkan sebab-sebab terjadinya perilaku kenakalan anak, - Teori Kontrol Sosial dari Travis Hirschi, Teori ini cukup populer sehingga banyak pakar kriminologi anak menggunakan teori ini sebagai pisau analisis, gejala kenakalan anak di dalam berbagai konteks masyarakat di mana pakar kriminologi itu berkarya.

Hirschi melandaskan pada pertanyaan yang berbeda dalam mengetengahkan penjelasan mengapa anak-anak terlibat kenakalan. Pakar kriminologi anak pada lahirnya berangkat dari pertanyaan dasar, "mengapa seseorang anak melakukan kejahatan?", sementara Hirschi berangkat dari pertanyaan dasar, "mengapa seseorang anak patuh norma?" Pijakan dasar bukan pada "perilaku penyimpangan anak", melainkan pada "kepatuhan anak pada norma" Kajian-kajian lalu berkembang dan terfokus pada variabel-variabel yang melatarbelakangi kepatuhan anak pada norma, yang disebutnya "Ikatan Sosial" (Social Bound). Formula Hirschi, "semakin anak terikat dengan masyarakatnya, kecil kecenderungannya terlibat kenakalan, sebaliknya bila ikatan anak dengan masyarakatnya lemah atau terputus, maka anak akan bebas melakukan kenakalan". Ikatan sosial oleh Hirschi diterjemahkan menjadi empat (4) unsur, yaitu "attachment", "commitment", "involvement" dan "beliefs". Interplay di antara ke empat unsur itu akan membentuk ikatan sosial.

Pintu masuk seorang anak menjadi pelaku kenakalan adalah lemah atau terputusnya ikatan sosial anak (attachment, commitment, involvement dan beliefs) maka tinggi kecenderungan anak untuk tidak patuh norma – melakukan kenakalan. Pintu pertama, bila kemudian ditanggapi secara tak proporsional, dan melahirkan stigma (seperti Raju dalam kasus ini), maka besar kemungkinan anak akan mengulangi lagi perbuatan kenakalannya di masyarakat pada masa datang – "self-fulfilling process" anak berusaha menyesuaikan "gelar" yang diterimanya sebagai akibat disproporsi nalitas perlakuan yang diterimanya dalam masyarakat (dapat juga dilahirkan oleh perangkat penegak hukum lewat sistem peradilan pidana). Proses pengidentifikasi anak sesuai gelar barunya (pelaku kenakalan) sering disebut sebagai "secondary deviance".

Konstatasi ini bila kemudian dikaitkan dengan penanganan Raju dalam hal tersebut akan menjadikan pribadi Raju terkoyak dan mengidentifikasikan dirinya seperti perlakuan yang dialami Raju

dalam proses peradilan pidana selama ini. Hal inilah yang rasanya perlu diperhatikan dan memperoleh perhatian sebagai salah satu upaya perlindungan hukum anak-anak yang bermasalah dengan hukum dalam hal ini sebagai pelaku kenakalan anak.

Anak sebagai korban

Kematian Arie Anggara di tangan orang tua kandungnya sendiri di tahun 1984, Tata meninggal karena dihajar pacar ibunya, November 1988, Rani meninggal bulan Desember 1999, karena didera ibu tirinya, Aprihartini meninggal 16 Februari 2000 karena penganiayaan sadis ayah tirinya. (Kompas, 22 Mei 2000). Semua kasus-kasus ini secara populer dapat dikategorikan sebagai "Penyalahgunaan Anak" atau "Child Abuse"

Child Abuse secara singkat dapat didefinisikan sebagai bentuk-bentuk perbuatan (ucapan atau perilaku) yang ditujukan pada fisik, moral dan mental anak, sehingga anak merasa dideritakan secara fisik, moral dan mental. – termasuk dalam hal ini adalah "mal nutrisi". Bentuk-bentuk Child Abuse secara garis besar dapat dikategorikan dalam bentuk umum dan khusus. Umum, semua bentuk perlakuan salah yang melanggar hak-hak anak – hak sosial (dipelihara dengan layak), hak sosial budaya (menikmati pendidikan), hak budaya (berperanserta dalam kegiatan budaya dan keagamaan), hak sipil (bebas dari penahanan sewenang-wenang), dan hak sosial ekonomi (bebas dari pemerasan di bidang pekerjaan). Khusus, penempatan atau pembiaran anak dalam keadaan sengsara fisik rohani dengan maksud melepaskan tanggung jawab atau anak mengalami luka berat; bersetubuh dengan wanita belum cukup umur; membujuk anak melakukan perbuatan cabul; memperdagangkan anak, menye rahkan anak untuk mengemis, atau pekerjaan berbahaya yang merusak kesehatan-nya.

Informasi dari Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan BPS dalam Suse nas tahun 2006 tentang kekerasan terhadap Perempuan dan Anak, menunjukkan bahwa 3,02% anak di Indonesia pernah mengalami kekerasan. Berdasarkan pengaduan Komisi Nasional Perlindungan Anak dan Lembaga Perlindungan Anak di seluruh Indonesia, memperlihatkan bahwa di tahun 2007 terdapat 1.520 kasus tindak kekerasan terhadap anak dan di tahun 2008 meningkat menjadi 6.295 kasus, kasus kekerasan fisik 4.818 kasus, kasus kekerasan seksual 699 kasus, kekerasan psikis sebanyak 778 kasus. (Talk Show Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak di ANTV, 23 November 2009)

Faktor korelasional kriminogen perlakuan salah anak

Child abuse is not one fixed thing

Perlakuan salah pada anak bukanlah sesuatu yang pasti sifatnya, demikian ungkapan Ian Hacking. Istilah "abuse" berartikulasi dalam bentuk dan di berbagai setting sejarah dan geografis, Konsep "abuse" akan bersifat

demikian bila dikonotasikan se bagai konsep tentang pembatasan moral kekuasaan orang tua atau orang dewasa kepada anak.

Satu fenomena akademik yang menarik untuk dikemukakan sebagai awal pembi caraan ini ialah perdebatan yang menyangkut hak siapa yang harus didahulukan dalam kehidupan kemasyarakatan, hak anak atau hak orang tua” – tarik menarik hak orang tua dan hak anak. Gejala ini muncul di tahun 1970 an ketika digemakan Hak-hak Anak di seluruh dunia.

Perdebatan ini sebetulnya berangkat dari permasalahan konsep dasar tentang “otonomi anak”. Perbedaan konsep dasar tentang otonomi anak ini melahirkan pan dangan pada satu sisi, otonomi anak bersifat mutlak dan bahkan otonomi itu identik dengan otonomi seperti hanya orang dewasa, dan pada sisi lain, pandangan yang berangkat dari asumsi bahwa otonomi anak itu bersifat relatif dan tidak dapat disama kan dengan otonomi orang dewasa, karena ada keterlibatan kemampuan anak dalam mensikapi dan menghadapi masalah yang dihadapi dalam kehidupan dimasya rakan.

The children's liberationist deplored any paternalistic restrictions on children' freedom; it was mistaken to assume that children lacked the competence to exercise these freedom. But in the other side, children are not always or even usually the best judges of what is good for them, so much so that even the rights that are most important to their long-term well-being, such as the rights to discipline or to safe environment, the regularity perceive as being the reverse or rights or advantages.

(Jane Fortin, 1998 : 23)

Pertelingkahan perspektif pandang itulah yang paling tidak dapat dilihat sebagai faktor korelasional kriminogen terjadinya perlakuan salah pada anak, anak dalam posisi rawan sebagai korban perlakuan salah oleh masyarakat orang dewasa. Kasus-kasus yang menimpa Tata yang dilakukan oleh Heri (ayahnya) di Losmen Balapan Sala (1988), Aisyah pada Rani Sri Wahyuni murid kelas VI SDN Pabuaran De mak (1999), Bambang Wahono terhadap Aprihartini di Tangerang (2000) merupakan gambaran terjadinya pertelingkahan perspektif pandang kontradiktif antara hak-hak orang tua dan hak-hak anak. – “Anak dijadikan objek pengalihan masalah yang diha dapi orang tua”.

Pada sisi lain, dikemukakan oleh Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, bahwa fakta kekerasan yang diberitakan media massa merupakan fenomena gunung es (Kasus yang dilaporkan lebih sedikit daripada kejadian sesungguhnya) karena masyarakat dan aparat negara masih beranggapan bahwa kasus-kasus kekerasan pada anak adalah persoalan internal sebuah keluarga atau merupakan persoalan lembaga kemasyarakatan semata sehingga tabu untuk dibeberkan karena dianggap membuka aib keluarga dan lembaga

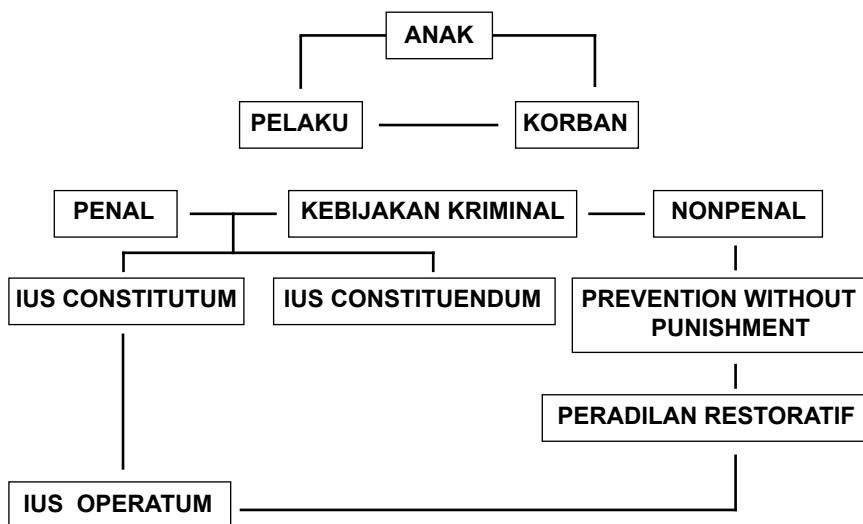
tersebut. (Talk Show Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, ANTV, 23 Novem ber 2009

Pendekatan hukum pidana terhadap anak pelaku dan korban

Di atas sudah disinggung, bahwa anak dalam konteks hukum pidana dapat saja menempati posisi sebagai pelaku maupun sebagai korban kejahatan. Bentuk-bentuk atau kasus-kasus anak sebagai pelaku maupun sebagai korban kejahatan telah pula dikemukakan dalam contoh-contoh di atas, maka untuk selanjutnya dalam sajian ini diketengahkan lingkup kajian hukum pidana dalam kaitannya dengan anak sebagai pelaku maupun sebagai korban. Kajian itu secara skemaatis dapat dikemukakan da lam ragaan berikut ini.

RAGAAN I :

LINGKUP KAJIAN HUKUM PIDANA DALAM KONTEKS PERLINDUNGAN ANAK SEBAGAI PELAKU DAN KORBAN



Dari skema tersebut, jelaslah bahwa anak bermasalah dengan hukum (pidana) dalam konteks tersebut dapat menduduki posisi sebagai pelaku (offenders) dapat pula sebagai korban (victim). Apapun posisi anak sebagai pelaku atau sebagai korban, harus ditanggapi masyarakat dalam kerangka penanggulangannya. Reaksi masyarakat menanggapi gejala tersebut lazim disebut Kebijakan Kriminal (Criminal Policy). G. Peter Hoefnagels dalam kaitan ini menyatakan :

*Criminal policy is the science of response;
Criminal policy is the science of crime prevention;
Criminal policy is a policy of designating human behavior as crime;
Criminal policy is a rational total of the responses to crime.*
(G. Peter Hoefnagels, 1969 : 57)

Sementara Marc Ancel menyatakan, “the rational organization of the control of crime by society” (Marc Ancel, 1965: 209). Dari rumusan ke dua pakar tersebut Sudarto, “suatu usaha yang rasional dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan? (Sudarto, 1981: 38). Kebijakan kriminal pada hakikatnya adalah bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat dan usaha pencapaian kesejahteraan masyarakat. Tujuan akhir dari kebijakan kriminal adalah “perlindungan masyarakat untuk menca poi kesejahteraan masyarakat”. Untuk mencapai tujuan itu, kebijakan kriminal tereja wantahkan dalam bentuk kebijakan dengan sarana penal (penal policy) dan sarana nonpenal (nonpenal policy) Oleh karena itu menjadi wajar bila upaya penanggulangan kejahatan ini perlu ada keterpaduan antara kebijakan kriminal dengan kebijakan sosial, ada keterpaduan antara penggunaan sarana penal dan nonpenal. Tanpa adanya keterpaduan maka hasil kebijakan kriminal tak akan maksimal.

Kebijakan kriminal lewat sarana penal (hukum pidana) dilakukan melalui politik hukum pidana (penal policy) – upaya pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna Untuk itu menjadi penting untuk melakukan kajian-kajian tentang seberapa jauh ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaikui, apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana dan cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan. (Barda Nawawi Arief, 1996 : 28).

Di sinilah menjadi penting dalam konteks kebijakan kriminal menyangkut upaya penanggulangan anak bermasalah dengan hukum pidana (pelaku dan/atau korban), menjadi penting untuk melakukan kajian-kajian terhadap Ketentuan Perundang-undangan menyangkut masalah anak (pelaku dan korban) yang berlaku saat ini (*Ius Constitutum*) dan praktik penanganan anak-anak pelaku dan/atau korban yang dilakukan oleh aparat penegak hukum. (*ius operatum*). Hasil kajian terhadap ketentuan substantif, prosedural dan kultural terhadap *ius constitutum* dan *iur operatum* pada satu sisi dan instrumen-instrumen internasional, perkembangan kajian-kajian nonpenal (termasuk kriminologi) pada sisi lain, menjadi masukan (input) dalam rangka pembentukan hukum pidana yang dicita-citakan (*ius constituendum*).

Ketentuan hukum positif menyangkut anak sebagai pelaku, korban

Instrumen internasional

Ruang lingkup yang cukup luas masalah perlindungan anak terlihat dari cukup banyaknya instrumen internasional yang berkaitan dengan masalah ini, beberapa ketentuan internasional itu antara lain adalah :

1. Resolusi PBB No. 1386 tgl 20 November 1959 mengenai "Declaration of the Rights of the Child".
2. Resolusi PBB 40/33 tgl 29 November 1985 tentang UNSMRJJ (Beijing Rules)
3. Resolusi PBB 43/121 tgl 8 Desember 1988 tentang The use of children in the illicit traffic in narcotic drugs"
4. Resolusi PBB 44/25 tgl 20 November 1989 tentang "Convention of the Rights of the Child" (CRC)
5. Resolusi PBB 45/112 tgl 14 Desember 1990 tentang "UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guideline)"
6. Resolusi PBB 45/113 tgl 14 Desember 1990 tentang "UN Rules of the Protection of Juvenile Deprived of their Liberty".
7. Resolusi PBB 45/115 tgl 14 Desember 1990 tentang "The Instrumental use of children in criminal activities".
8. 1999 ILO Convention No. 182 on the Convention on the Worst Forms of Child Labor"
9. 2000 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children"
10. The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography.

Instrumen nasional

Di tingkat Nasional ketentuan perundang-undangan yang mengatur tentang Perlindungan Anak antara lain adalah sebagai berikut,

1. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), pasal-pasal 278, 283, 287, 290, 294, 297, 301, 305 308 dan 341 KUHP.
2. UU No. 7 tahun 1984 tentang Ratifikasi CEDAW
3. Keppres No. 36 tahun 1990 tentang Ratifikasi Convention of the Rights of the Child
4. UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
5. UU No. 1 tahun 2000 Pengesahan Konvensi ILO No. 182 tentang Bentuk-bentuk Terburuk Pekerja Anak
6. UU No. 23 tentang Perlindungan Anak
7. UU No. 13 tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan
8. UU No. 39 tahun 2004 tentang Buruh Migran
9. UU No. 21 tahun 2007 tentang Perdagangan Orang.
10. UU No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak

Kajian ketentuan perundangan perlindungan anak (*Ius Constitutum*)

Mengacu pendapat Lawrence Friedman bahwa setiap sistem hukum di dalamnya harus terkandung adanya unsur (a) Substansi Hukum, (b) Struktur Hukum dan (c) Kultur Hukum, maka dalam sajian ini pendapat Friedman akan digunakan sebagai pi sau analisis dalam rangka mengkaji ketentuan perundangan Perlindungan Anak di negeri ini.

Ketentuan Perlindungan Anak sebagai Korban

Untuk mengawali kajian tentang Sistem Hukum Perlindungan Anak di Indonesia ada baiknya dikemukakan ungkapan Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak pada tanggal 23 November 2009 berikut ini,

Indonesia telah merafitikasi KHA melalui Keputusan Presiden No. 36/1990, se-bagai "state Party" mempunyai kewajiban untuk mengharmonisasi KHA dalam hukum nasional (*membentuk sistem hukum perlindungan anak – kursif dari penulis*), melaksanakan program aksi, membentuk institus HAM anak, membuat Laporan Nasional tiap tahun;

Pengesahan berlakunya UU No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak;

Telah ditetapkan beberapa undang-undang yang dapat memperkuat perlindungan anak, yaitu UU No. 23 tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga; UU No. 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan, UU No 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, UU No. 23 tahn 2006 tentang Administrasi Kependudukan, UU No. 21 tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, pemidanaan terhadap pornografi anak dalam UU No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dan UU No. 44 tahun 2008 tentang Pornografi.

Langkah maju ini secara substantif masih perlu dikaji ulang terutama tingkat ketaatasasan (konsistenitas) undang-undang itu dengan "jiwa" dari UU Perlindungan Anak dan Konvensi Hak Anak.

Di tahun 2005 telah dicanangkan Pembangunan Nasional bagi Anak Indonesia, 2005-2015). (Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan, 2009 ibid)

Kutipan ini sedikit banyak dapat dijadikan indikator atau parameter bahwa ada kebutuhan untuk melakukan kajian-kajian mendalam terhadap Substansi, Struktur Hukum dari seluruh ketentuan perundang-undangan yang menyangkut Perlindungan Anak di Indonesia, utamanya dikaji dari ketaatasasan (konsistenitas) asas, kaidah, dan kelembagaan yang diatur oleh ketentuan perundang-undangan menyangkut Perlindungan Anak itu.

Ketentuan perlindungan anak sebagai pelaku

Pada sisi lain, kajian terhadap UU yang menjadi Dasar Hukum Prosedural Penganganan Anak Pelaku Kenakalan (KUHAP dan UU No.3 tahun 1997) mengindikasikan adanya kelemahan-kelemahan secara substantif dan struktural. "Kesalahan" penanganan Raju sedikit banyak memberikan indikasi bahwa ada kelemahan secara substantif UU No. 3 tahun 1997 mengindikasi pada KUHAP sehingga tidak ada ketentuan yang menyangkut penghentian perkara.

Raju walaupun sudah trauma berat mengikuti Sidang, harus terus berlanjut dihadirkan dalam sidang sampai keputusan hakim. – dalam bahasa lain, ketentuan ini lazim disebut "diversion". Artinya UU No.3 tahun 1997 tidak mengakui modasi ketentuan yang sangat bermanfaat dalam pengadilan anak yaitu "diversion". Pendapat pakar menyangkut masa lalu ini, menyatakan bahwa UU No. 3 tahun 1997 hanya mengatur diversi terbatas (tercerminkan dari ketentuan penanganan anak yang umurnya kurang dari 12 tahun – dikenakan *tindakan* bukan *pidana*). Pengaturan Diversi secara penuh menjadi kebutuhan mutlak dalam penanganan anak-anak pelaku kenakalan ini, karena diversi sangat bermanfaat sebagai "klep" pengaman bagi terjadinya stigmatisasi pada anak.

Penerapan UU No. 3 tahun 1997 dalam praktiknya mengindikasikan adanya stigmatisasi anak. Hasil pengamatan terhadap putusan-putusan hakim menyangkut anak selama ini, tinggi kecenderungannya hakim menjatuhkan sanksi pidana pada anak pelaku kenakalan ketimbang tindakan atau treatment. Pidana yang dijatuhan pun pada umumnya berupa pidana penjara. Adanya pidana pengawasan yang tertuang di dalam UU No. 3 tahun 1997 hampir dikatakan tidak pernah dijatuhan oleh hakim.

Hasil wawancara sejumlah hakim anak menyatakan bahwa kalau ingin menahan pidana pengawasan, pengawasnya siapa? Konstataasi ini sekaligus mencerminkan pada satu pihak bahwa UU No. 3 tahun 1997 secara substantif struktural masih mengandung kelemahan, dan pada pihak lain Ius Operatum yang secara faktual dilaksanakan tak sepenuhnya nyambung dengan asas dasar tujuan dilakukan pengundangan UU ini (tampak dari konsiderannya).

Dari semua ungkapan dan kajian tersebut di atas, menjadi penting kiranya untuk negeri ini di dalam langkah-langkahnya mendatang dalam konteks pembaharuan hukum perlu memperhatikan akan pentingnya membangun "sistem hukum" Anak yang memadai. Apa yang selama ini tampak dalam perundang-undangan yang menyangkut Perlindungan Anak baik anak sebagai korban maupun anak sebagai pelaku, masih bersifat fragmentaris, belum sepenuhnya mencerminkan suatu "Sistem Hukum" Perlindungan Anak yang didasarkan "grundnorm" anak, yaitu *The Best Interest of the Child*.

Model peradilan restoratif terhadap anak pelaku dan korban

Memperhatikan berbagai kelemahan yang terkandung di dalam ketentuan Substantif peraturan perundang-undangan tentang Perlindungan Anak (pelaku atau korban) di negeri ini, pada satu sisi, dan pada sisi lain keterbatasan kemampuan hukum pidana, yang hanya sebagai langkah antisipatif yang bersifat "kurieren et symptom" - mengatasi gejala yang ada, tanpa menyentuh akar permasalahannya, sementara faktor-faktor latar belakang terjadinya gejala perlakuan salah pada anak baik sebagai pelaku maupun sebagai korban, maka tak berkelebihan bila pada langkah-langkah kebijakan pembaharuan hukum masa datang (*ius constituedum*) perlu dipertimbangkan perkembangan masyarakat pemerhati anak di tingkat dunia, yang menyangkut penyelenggaraan peradilan restoratif bagi anak.

Restorative justice model based on assumption that the respond or reaction to offender not effective without cooperation and involvement f victim, offender and society. The basis principle is justice can be good serviced, if every party receives attention fairly and balance and involves actively in justice process and get some advantages proportionately from their interaction with justice system.

According restorative justice, crime is behavior that inflict victim and society. Responds restorative justice to the offender focuses to repair that infliction and remedy the social injuries.

The primary mission is repairing victim injuries, confession of offender that his behavior makes injuries to victim ans society as well, and conciliation and reconciliation among victim, offender and society. It also intent to restore social welfare by encouraging offender to realize and responsible his deviant behavior, victim that used to be constrained involve in justice process, now not any more, victim actively involve in the justice process.

John Braithwaite stated, these ways encourage shame and personal and family responsibility for their wrong doers and should be repaired.

Lately, this model has been recommended by UN in "The UN Declaration on the Basic Principle on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters"

(Paulus Hadisuprapto, 2009, page, 18-19)

Dari kutipan tersebut, tampak sudah bahwa asumsi dasar peradilan restoratif adalah bahwa respon atau reaksi terhadap kejahatan tak akan efektif tanpa adanya kerjasama dan keterlibatan korban, pelaku kejahatan dan masyarakat. Prinsip dasarnya keadilan dapat diberikan dengan baik apabila semua pihak menerima perhatian secara terbuka dan seimbang serta secara aktif dilibatkan dalam proses peradilan, dari situ mereka akan memperoleh keuntungan secara proporsional dari interaksinya dengan sistem peradilan. Tanggapan terhadap pelaku kejahatan terfokus pada upaya memperbaiki kerugian atau kerusakan serta melakukan perbaikan luka-luka sosial yang lahir dari kejahatan. Misi utama adalah pengakuan bahwa perilakunya telah melukai korban dan masyarakat,

untuk itu konsiliasi dan rekonsiliasi perlu dilakukan antarkorban, pelaku dan masyarakat. Braithwaite seorang Guru Besar Kriminologi dari National University of Australi, menyatakan, cara-cara restoratif ini akan mendorong atau membangkitkan rasa malu dan sekaligus membangkitkan rasa pertanggungjawaban personal dan keluarga terhadap perbuatan kejahatan yang telah terjadi dan kemudian daripada itu berkehendak untuk memperbaikinya.

Hal yang penting dalam kaitan perlindungan anak, model peradilan restoratif dengan karakteristiknya semacam itu paling tidak memberikan kesan tak bersifat punitif (penjatuhan pidana) dan pada gilirannya “stigmatisasi” pada pelaku pun tak akan terjadi. Seperti diketahui bahwa stigmatisasi (terlebih pada anak) secara kriminologi merupakan faktor korelasional kriminogen terjadinya kenakalan anak pada khususnya dan kejahatan orang dewasa pada umumnya.

Penutup

1. Anak sebagai generasi penerus bangsa perlu memperoleh perlindungan hukum secara memadai;
2. Anak bermasalah dengan Hukum (APB) baik sebagai pelaku maupun sebagai korban, lebih-lebih sangat memerlukan perlindungan hukum.
3. Perlindungan Hukum telah banyak diwujudkan dalam tataran peraturan perundang-undangan baik di tingkat internasional (instrumen internasional) maupun di tingkat Nasional.
4. Kajian terhadap ketentuan perundang-undangan nasional menyangkut perlindungan Anak mengindikasikan bersifat tidak taat atas baik secara horizontal maupun vertikal
5. Pelaksanaan ketentuan perundang-undangan menyangkut anak, sebagai pelaku dan pelaku yang memposisikan anak sebagai korban cenderung membekaskan stigma pada diri pelaku (baik anak maupun orang dewasa)
6. Faktor korelasional timbulnya kenakalan anak dan “mengorbankan” anak sebagai sasaran kejahatan, pada umumnya bersifat sosio-kultural yang dalam hal tertentu berada di luar jangkauan hukum pidana.
7. Tujuan Pemidanaan yang berupa “konflikt opplosing” yang tidak membekaskan stigma mungkin akan terwujud lewat model-model peradilan restoratif.
8. Pendekatan pembaharuan hukum tentang Perlindungan Anak seyogyanya dilakukan untuk menghasilkan satu sistem hukum anak yang handal dalam mengatasi anak-anak bermasalah dengan hukum di masa datang di negeri ini.

DAFTAR PUSTAKA

Braithwaite, John, **Crime, Shame and Integration**, Cambridge : University Press, 1989

Considine, Jim, **Restorative Justice, Healing the Effects of Crime**, Christ Church : Plaughshares Publication, 1996

Makmur Sanusi, "Kebijakan dan Program Depsos RI dalam Rehabilitasi Sosial, Perempuan dan Anak Korban Trafficking" Dirjen Pelayanan dan Rehabilitasi Sosial Ri, 2009.

Margo F. Andriesen, **Buitenjustitiele aanpak van jeudige delinkwenten**, Arnhem : Gouda Quint, bv, 1995.

Ma'ruf, Farid, "Fight Against Trafficking in Person, Prevention, Criminalization and Protection of Victim", Ministry of Women Empowerment, Jakarta november 16, 2009

Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, "Pencegahan dan Penanganan Anak Korban Kekerasan" bahan talk show di ANTV, 23 November 2009.

Paulus Hadisuprapto, **Delinkuensi Anak, Pemahaman dan Penanggulangannya**, Malang : Bayu Media, 2007

-----, "Restorative Justice : Prospect of Indonesia Youth Criminal Law", Paper presented in College of Law, University of San Carlos, Cebu, Philipine, June, 26, 2009

Zehr, H, **Changing Lenses : A New Focus for Crime and Justice**, Scotdale : PA Harold Press, 1990.

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ANAK DARI KEKERASAN DALAM KELUARGA DI INDONESIA DAN THAILAND: KAJIAN KOMPARATIF

Rusmilawati Windari

1. Pendahuluan

Keluarga dan anak merupakan ikatan yang tidak terpisahkan. Ikatan yang terjalin antara keduanya bukan sekadar pertalian darah belaka, namun sebuah ikatan yang saling membutuhkan dan menentukan satu dengan lainnya. Anak membutuhkan keluarga untuk dapat menjamin kualitas tumbuh kembangnya, demikian juga sebaliknya, keluarga membutuhkan anak untuk dapat meneruskan dan menjaga keberlangsungan masa depan keluarga nantinya. Dengan kata lain, senada dengan pendapat Arief Gosita bahwa melindungi anak saat ini, sama artinya dengan melindungi keluarga, masyarakat, bangsa dan negara di masa yang akan datang¹ (Arief Gosita, 1996:1).

Bagi masyarakat dunia, keluarga umumnya dipandang sebagai unit sosial terkecil yang memegang peranan penting dalam mewujudkan kesejahteraan anak. Kesejahteraan anak di sini bermakna suatu tata kehidupan dan penghidupan yang dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar, sesuai dengan jasmani dan rohani, maupun sosial. (Paulus Hadisuprapto, 1996:7). Demi tercapai kesejahteraan yang dimaksud, maka setiap keluarga berkewajiban merawat, mendidik, membesarakan dan melindungi anak secara layak dan berkesinambungan berdasarkan prinsip terbaik anak².

1 Pendapat ini disampaikan dalam Seminar Nasional Perlindungan Anak, dengan makalah yang berjudul " Pengembangan Aspek Hukum Undang-Undang Peradilan Anak dan Tanggung Jawab Bersama", diselenggarakan Universitas Padjajaran, Bandung, 5 Oktober 1996.

2 Pasal 3 KHA menghendaki kepentingan terbaik anak dijadikan pertimbangan utama dalam setiap tindakan terhadap anak.

Setiap anak berhak hidup sejahtera. Perlindungan hukum untuk mencapai kesejahteraan anak ini wajib dijamin oleh sebuah negara, sebagaimana yang dimandatkan Konvensi Hak Anak (KHA) dalam Pasal 2 ayat (1)³. Perlindungan hukum bagi anak di sini, oleh Barda Nawawi Arief diartikan sebagai setiap upaya perlindungan yang diberikan hukum terhadap berbagai kebebasan dan hak asasi anak (*fundamental rights and freedoms of children*), serta berbagai kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak (Barda Nawawi Arief, 1998:155).

Sebagai komunitas terdekat dengan anak, idealnya sebuah keluarga dapat menjadi pihak pertama yang menyediakan perlindungan layak bagi anak. Sayangnya, pada tataran realita yang terjadi adalah sebaliknya. Keluarga yang awalnya dianggap sebagai tempat teraman bagi anak tersebut, justru berpotensi menjadi sumber terjadinya berbagai tindak kekerasan yang dilakukan oleh orang terdekat anak (Ola Barnet, 2005: 2). Anak tidak lagi nyaman di rumah, anak tidak lagi aman bersama keluarga mereka sendiri. Mereka seringkali menjadi sasaran berbagai tindak kekerasan yang dilakukan keluarganya sendiri, baik itu orang tuanya, saudara, kakek, nenek, maupun kerabat lainnya.

Tindakan kekerasan atau aniaya yang dilakukan oleh anggota keluarga kepada anggota keluarga lainnya ini disebut dengan kekerasan dalam keluarga (*The International Body Shop Report for Unicef*, 2006:1), atau lazim dikenal juga dengan istilah kekerasan dalam rumah tangga. Ditinjau dari konteksnya, kekerasan dalam keluarga (*family violence*) dengan kekerasan dalam rumah tangga (*domestic violence*) pada hakikatnya hampir sama. Perbedaan antara keduanya hanyalah terletak pada jangkauan korban atau pelakunya saja. Kekerasan dalam keluarga memiliki jangkauan yang lebih luas dibandingkan dengan kekerasan dalam rumah tangga, yang mana terbatas pelaku dan korbannya hidup dalam satu rumah tangga.⁴ Dalam tulisan ini, penulis cenderung memilih istilah kekerasan dalam keluarga untuk menunjukkan adanya hubungan keluarga antara korban (anak) dengan pelaku.

Kekerasan dalam keluarga ini meliputi 4 (empat) bentuk umum, yakni: kekerasan fisik (seperti: menampar, memukul, menendang, mencekik, berbagai jenis hukuman fisik hingga praktik tradisi yang

3 Article 2 section 1 mengatur bahwa: "States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

4 Dalam buku Rosemary A. Chalk dan Patricia King disebutkan bahwa "the term of family violence is applied to a broad of acts whose presence or absence results in harm to individuals who share parents-child, or adult intimate relationship. Istilah dan definisi ini juga diadopsi oleh Committee on The Assessment of Family Violence Intervention, dan dikembangkan oleh the Institute of Mental Health, 1992.

berbahaya), kekerasan seksual, kekerasan psikis (seperti: mengancam, membentak, memaki, menghina, hingga penyebutan nama yang tidak sepanasnya), dan penelantaran. (Gaudin, hlm.67, dalam Ola Barnet, 2005:127). dari keempat bentuk ini, menurut Pinhero setiap anak bisa mengalami lebih dari satu bentuk kekerasan di rumahnya. (Pinhero, SP., 2006).

Kekerasan yang dilakukan keluarga terhadap anak ini sebenarnya bukanlah fenomena yang baru. Keberadaannya ibarat fenomena gunung es (*iceberg phenomenon*), yakni realita sesungguhnya banyak terjadi sejak dulu, namun yang muncul di permukaan hanyalah segelintir kasus. Kajian mengenai kekerasan anak dalam keluarga ini sebenarnya telah dimulai sejak tahun 60-an, yang mana pada tahun 1962, Kempe mempublikasikan sebuah artikel yang berjudul "*the battered child syndrome*". Artikel ini mengulas tentang penganiayaan anak dalam keluarga di Amerika. Publikasi artikel tersebut kemudian mendorong munculnya berbagai penelitian dan tulisan sejenis, seperti karya-karya Borland (1976), Dobbash dan Dobbash (1978, 1979), Freeman (1979), Pagelow, (1984), yang menunjukkan besarnya potensi kekerasan terjadi di rumah dibandingkan di luar rumah, dan dilakukan oleh anggota keluarga sendiri dibandingkan oleh orang lain.

Mengingat peningkatan jumlah kasus yang terjadi setiap tahunnya cukup signifikan, dewasa ini kekerasan anak dalam keluarga telah menjadi perhatian masyarakat internasional. Di tahun 2006, Unicef mencatat sekitar 500 juta hingga 1,5 miliar anak yang mengalami kekerasan setiap tahunnya, dan 275 juta diantaranya diestimasi mengalami kekerasan dalam keluarga (*Unicef Press Centre*, dan *Report of the Global Stop Violence in the Home for Unicef*, 2006:5).

Di negara-negara berkembang seperti Indonesia dan Thailand, jumlah kasus kekerasan anak dalam keluarga juga menunjukkan angka yang memprihatinkan. Di Indonesia, sepanjang tahun 2006 tercatat sekitar 2,29 juta anak menjadi korban kekerasan, yang mana 65,2 % dari mereka adalah korban kekerasan dalam keluarga (Statistik perlindungan anak, www.kemenegpp.go.id, 2006). Selanjutnya, di tahun 2007 hingga 2010, Komnas Anak memperkirakan sekitar 21 juta anak-anak Indonesia menjadi korban kekerasan, dan 70 persen pelakunya adalah orang tua korban, khususnya ibu (Data Komnas Anak yang dipublikasikan pada www.rakyatmerdekaonline.com, 2 Oktober 2010). Sedangkan di Thailand, diperkirakan sekitar 903.000 hingga 2,6 juta anak-anak menjadi korban kekerasan dalam keluarga (Laporan dari *UN's Secretary General Study on Violence Against Children*, 2006).

Sebenarnya sulit memperkirakan dengan pasti jumlah kasus kekerasan anak dalam keluarga yang terjadi di seluruh dunia (Ola Barnet, 2005:3), demikian juga di Indonesia dan Thailand. Angka riel di lapangan

bisa melebihi dari angka yang tercatat selama ini. Hal ini dikarenakan masih banyak kasus yang tidak dilaporkan (Jill Frankel, 1998:15, 105-106), ditoleransi, bahkan disembunyikan oleh keluarga itu sendiri (Ola Barnet, 2005:3). Selain itu, beragamnya penafsiran akan batasan kekerasan dalam keluarga, kepentingan terbaik anak, dan anggapan bahwa masalah keluarga adalah tabu, turut menjadi penyebab sulitnya melacak dan menanggulangi kekerasan ini.

Meskipun Indonesia maupun Thailand memiliki persamaan letak, yakni di kawasan Asia Tenggara, dan juga persamaan permasalahan tingginya angka kekerasan anak dalam keluarga, namun keduanya memiliki latar belakang sejarah, sosial dan budaya yang sedikit banyak berbeda. Perbedaan ini tentunya memberikan pengaruh yang signifikan terhadap penentuan filosofi atau ide dasar dari setiap kebijakan hukum yang dibuat oleh kedua negara tersebut. Dari sisi produk hukum yang dimiliki Thailand, *Child Protection Act of 2003* oleh UNICEF dipandang sebagai prestasi monumental. Undang-undang ini dipandang berhasil mengintegrasikan prinsip-prinsip KHA di dalam tiap rumusannya. Prestasi ini kemudian menjadikan Thailand sebagai pimpinan inovatif pada skala regional dan Internasional dalam mempromosikan hak-hak anak.⁵

Berdasarkan pertimbangan tersebut, penting kiranya kita untuk memahami dan mengeksplorasi secara komprehensif peraturan yang dimiliki Thailand. Tujuannya adalah guna mendapatkan masukan progresif dalam kerangka pembaharuan hukum di bidang perlindungan anak di Indonesia. Bukan untuk mengadopsi keseluruhan ketentuan, namun mengambil nilai-nilai yang sekiranya cocok dan dapat diharmonisasikan ke dalam sistem hukum Indonesia. Akhirnya dalam tulisan ini, penulis mengkaji 2 isu sentral yang saling terkait, yakni: (1) perbandingan sistem dan peraturan yang berlaku di Indonesia dan Thailand terkait dengan penanggulangan kekerasan anak dalam keluarga. (2) kemungkinan pengalaman terbaik Thailand yang dapat dipelajari Indonesia dari perbandingan tersebut.

2. Sistem perlindungan anak di Indonesia dan Thailand

Seperti halnya sistem-sistem yang lain pada umumnya, sistem perlindungan anak merupakan sistem yang terintegrasi dalam sistem lain yang lebih besar, yakni sistem kesejahteraan sosial. Awal mulanya, sistem perlindungan anak hanya difokuskan pada pencegahan terjadinya perlakuan salah terhadap anak yang tinggal dengan keluarga berisiko tinggi saja, sekaligus mempersiapkan prosedur pencegahan bagi anak-

5 Pandangan ini berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh Institut Loyola, Universitas Chicago untuk UNICEF di tahun 2006.

anak yang memiliki risiko yang lebih rendah (Waldfogel, 2009:195). Pada perkembangannya saat ini, sistem tersebut kemudian lebih difokuskan pada tujuan yang lebih besar, yakni keselamatan dan kesejahteraan bagi anak (Munro, 2010:6), melalui kerja sama semua unsur terkait, baik pemerintah maupun para pakar di berbagai bidang, guna menyelesaikan permasalahan anak.

Model sistem perlindungan anak yang berlaku di tiap negara tentu saja berbeda-beda, tergantung pada cara, metode pendekatan dan perspektif yang digunakan oleh masing-masing negara dalam menyikapi permasalahan anak (Beckett, 2007:6). Perbedaan tersebut bisa juga ditentukan oleh ragam kebutuhan anak dan keluarga, latar belakang sosial ekonomi, pengaruh budaya, hingga rekayasa politik (istilah yang digunakan Beckett) yang mencerminkan adanya kompromi politik dan permintaan dari berbagai kelompok kepentingan (Beckett, 2007:7).

Umumnya, sistem perlindungan anak terdiri dari 3 unsur yang saling bertautan satu dengan lainnya, yakni struktur, fungsi dan kapasitas⁶. Struktur meliputi aturan atau kebijakan pemerintah dan lembaga pelaksana yang diberikan mandat untuk menjalankan sistem. Fungsi berkaitan dengan bagaimana sistem tersebut bekerja dalam mencapai tujuan yang telah ditetapkan, meliputi mekanisme, tugas dan tanggung jawab yang dimiliki lembaga. Sementara kapasitas merujuk pada kemampuan yang dibutuhkan sistem untuk dapat menjalankan fungsi-fungsinya secara patut, meliputi sumber daya manusia, infrastruktur, dan dana (biaya).

Berdasarkan unsur-unsur tersebut, maka sistem perlindungan anak yang dimiliki Indonesia dan Thailand dapat digambarkan sebagai berikut:

2.1. Sistem perlindungan anak di Thailand

Sistem perlindungan anak yang dimiliki Thailand merupakan sistem yang telah terintegrasi dalam sistem kesejahteraan sosial, yang sengaja lebih diorientasikan pada penguatan dan pemberdayaan keluarga⁷. Sistem ini mayoritas dijalankan oleh 3 (tiga) lembaga besar yang diharapkan saling bekerja sama untuk mencapai kesejahteraan anak. Adapun lembaga tersebut adalah Komite Perlindungan anak Nasional (*the National Child Protection Committee*). Komisi Anak dan Remaja National (*the National*

6 Unsur-unsur ini juga digunakan dalam the UNICEF Working Document, yang berjudul “Adapting a System Approach to Child Protection: Key Concepts and Consideration”, written by Fred Wulczyn, Deborah Daro, John Fluke, Sara Feldman, Christin Glodek, Kate Lifanda, Newyork, 2010. It adopted classification made by Chapin-Hall Institute, Chicago University, page 22.

7 Orientasi yang dimiliki Thailand ini senada dengan pendapat Deborah Daro dalam buku “*the APSAC Handbook on Child Maltreatment*”, hlm.17, yang menyebutkan bahwa “*prevention of child abuse and neglect is fundamentally about strengthening the capacity of parents and communities to care for children’s health and well-being*”

Commission for Child and Youth), dan Komisi Hak Asasi Manusia (the National Human Right Commission). Untuk lebih lengkapnya, masing-masing unsur sistem perlindungan anak di Thailand dipaparkan sebagai berikut:

2.1.1. Struktur

Ditinjau dari strukturnya, sistem perlindungan anak di Thailand telah memiliki sejumlah aturan hukum, yang telah dilengkapi dengan lembaga (institusi) pelaksana aturan tersebut. Lebih dari 17 undang-undang telah diamendemen, disesuaikan dengan muatan Konvensi Hak Anak sebagai dokumen inti (*core document*), dan telah ditunjang dengan sejumlah peraturan menteri terkait. (CRC/c/Tha-3-4, 2011: 5). Dari sekian banyak aturan yang dikeluarkan, *Child Protection Act of 2003* dan *National Child and Youth Development Act of 2007* menjadi aturan utama, yang khusus diperuntukkan mengatur penyelenggaraan perlindungan anak di Thailand. Selain itu, ada beberapa aturan umum, atau aturan tertentu yang juga memuat beberapa ketentuan terkait anak di dalamnya, seperti *Criminal Act*, *Domestic Violence Victim Prevention Act*, dan *Trafficking Act*.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, dari sisi kelembagaan, terdapat 3 (tiga) lembaga besar yang sengaja dibentuk untuk menjalankan perlindungan anak di Thailand. Dua diantaranya merupakan lembaga khusus di bidang anak, yakni Komite Perlindungan Anak (*Child Protection Committee*) sebagai lembaga utama, dan Komisi Anak dan Remaja Nasional (*the National Commission for Child and Youth*). Sisanya adalah institusi independen yang menopang fungsi kedua institusi sebelumnya, yakni Komisi HAM Nasional (*the National Human Right Commission*). (CRC/c/THA/1, 2011: 5, CRC/c/THA/3-4, 2011: 5-6).

Komite Perlindungan Anak Nasional di Thailand (*the National Child Protection Committee*) merupakan lembaga yang dibentuk di tingkat nasional maupun regional (provinsi) berdasarkan *Child Protection Act of 2003*. Di tingkat regional, hingga saat ini tercatat ada sekitar 76 provinsi yang telah memiliki Komite Perlindungan Anak Nasional. Lembaga ini dipimpin langsung oleh Menteri Pembangunan Sosial dan Keamanan Masyarakat (*Minister of Social Development and Human Security*), dan terdiri dari ketua, wakil ketua, anggota tetap, anggota istimewa, dan pejabat berwenang (*competent official*), yang merupakan pejabat publik dan para ahli di bidangnya. Pejabat publik yang ditunjuk berasal dari berbagai institusi Kementerian Pendidikan, Kementerian Dalam Negeri, Kementerian Keadilan, kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan Anak dan Keluarga (*Juvenile and Family Court*), hingga pada pemerintah provinsi (pemerintah daerah)⁸.

8 Lihat Artikel 7, 12, dan 16 Undang-undang Perlindungan Anak tahun 2003 (*The Child*

Komisi Anak dan Remaja Nasional (*the National Commission for Child and Youth*) adalah sebuah komisi di bidang anak dan remaja yang dibentuk berdasarkan *National Child and Youth Development Act of 2007*, dan dipimpin langsung oleh Perdana Menteri. Komisi ini terdiri dari 4 sub-komite, yakni sub-komite hak-hak anak, pembaharuan Hukum, Pemberantasan Perdagangan Anak dan Wanita, sub komite lain-lain. Khusus sub-komite hak-hak anak, terdiri dari 36 anggota yang berasal dari parlemen, badan-badan pemerintah (eksekutif), NGO, akademisi, pakar hukum dan perwakilan UNICEF.

Komisi Hak Asasi Manusia (*The National Commission of Human Right*) merupakan komisi independen, yang didirikan berdasarkan pada Konstitusi Thailand untuk mempromosikan penghargaan terhadap hak asasi manusia pada umumnya. Melalui sub-komite Anak, Remaja, dan Keluarga, komisi ini diharapkan dapat menyokong pelaksanaan dari 2 (dua) institusi yang telah disebutkan sebelumnya dalam melindungi anak.

2.1.2. Fungsi

Ketiga institusi di atas umumnya memiliki persamaan fungsi, yakni sebagai badan penasihat pemerintah (*advisory board*), pengawasan (*supervisory*) dan pembuat kebijakan (*legislative*) di bidang anak⁹. Sedangkan, perbedaan antara ketiga lembaga tersebut terletak pada lingkup pekerjaan yang mereka laksanakan.

Komite Perlindungan Anak bertanggung jawab pada pelaksanaan perlindungan anak pada umumnya, selain fungsi-fungsi yang telah disebutkan di atas, komite ini juga melaksanakan fungsi advokasi, pendanaan, perencanaan serta koordinasi dengan pemerintah dan NGO. Sedangkan, Komite Remaja Nasional utamanya bertanggung jawab atas implementasi Konvensi Hak Anak, termasuk melaksanakan promosi kepentingan terbaik anak, penanaman nilai-nilai etika pada anak, dan menjamin pemenuhan hak-hak dasar anak. Sementara itu, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia bertanggung jawab untuk melaksanakan promosi penghargaan HAM pada umumnya, sekaligus melakukan pengawasan terhadap setiap bentuk pelanggaran HAM terhadap anak.

2.1.3. Kapasitas

Protection Act of 2003)

9 Pada tataran pembuat kebijakan, lingkup kewenangan Komite Perlindungan Anak hanya terbatas pada pembuatan kebijakan dalam hal penetapan standar perawatan anak, penetapan aturan pembiayaan aktivitas perlindungan anak, dan persyaratan untuk rekruitmen pejabat berwenang.

Dalam rangka mendukung operasionalisasi sistem perlindungan anak, Thailand terus melakukan berbagai upaya berkesinambungan (*continuum effort*) untuk meningkatkan kapasitas sistem, melalui ketersediaan sumber daya manusia, infrastruktur dan pendanaan yang memadai. Adapun upaya yang dilakukan antara lain meliputi:

- a. Menyelenggarakan berbagai pelatihan, meliputi workshop, seminar dan sensitisasi yang ditujukan kepada pekerja perlindungan anak, para professional, pejabat dan aparat penegak hukum;
- b. Mendirikan pusat-pusat perawatan (*institutional care*) dan kesejahteraan anak, seperti: *welfare centre, safety protection centre, remand home, foster care*, dan *Child Youth Training Centers*;
- c. Mendirikan pusat data dan informasi, yakni *the National Information Centre* (NIC) di tahun 2004, dan *the National Statistical Office* (NSO) di tahun 2007, Pusat data base anak berkebutuhan khusus, dan *a Multiple Indicator Cluster Survey* (MICS);
- d. Mendirikan pengadilan khusus yang menangani perkara anak dan keluarga, yakni *Juvenile and Family Court*, dengan prosedur beracara berdasarkan pada *Juvenile and Family Procedure Act of 1991*;
- e. Dalam hal pendanaan, Thailand meningkatkan alokasi anggaran tahunan sebesar 6 - 15% dari keseluruhan pendapatan nasional di tahun 2000-2009 guna membiayai kegiatan perlindungan anak dalam rentang tahun tersebut. Dana yang dimaksud di sini adalah dana yang berasal dari pemerintah, dan belum termasuk dana-dana lainnya yang berasal dari NGO.¹⁰

Dari paparan di atas, untuk sementara dapat disimpulkan bahwa sistem perlindungan anak yang dimiliki oleh Thailand dapat dikategorikan sebagai sistem yang besar dan kompleks. Keterlibatan (tiga) lembaga besar yang memiliki fungsi yang sebenarnya hampir sama, dalam operasionalisasi sistem ini, menyebabkan sistem perlindungan anak di Thailand membutuhkan koordinasi yang kuat serta komprehensif dari antarlembaga untuk pencapaian tujuan yang diharapkan.

Hambatan atau kesulitan yang berpotensi muncul dalam operasionalisasi sistem yang dimiliki Thailand ini adalah permasalahan koordinasi dan transparansi kinerja. Permasalahan koordinasi ini dapat terjadi pada level internal dan eksternal. Pada level eksternal, permasalahan tersebut dapat disebabkan adanya perbedaan aturan hukum yang melandasi kinerja masing-masing lembaga. Sedangkan pada tataran internal, kesulitan koordinasi cenderung disebabkan besarnya struktur organisasi yang dimiliki masing-masing lembaga. Kompleksnya struktur organisasi tanpa disertai gambaran tupoksi yang jelas dan praktis pada masing-masing struktur organisasi dapat menyebabkan tumpang tindih

10 Lihat Laporan PBB, CRC/c/THA/3-4, 2011

tugas antarberbagai pihak. Sebagai contoh, Komite Perlindungan anak yang strukturnya terdiri dari ketua, wakil ketua, sekretaris, anggota tetap, anggota istimewa (*distinguished member*), dan pejabat yang berwenang. Dalam hal ini, ranah tugas anggota tetap, anggota istimewa, dan pejabat yang berwenang masih belum begitu jelas perbedaannya.

Mengenai permasalahan transparansi kinerja, sistem perlindungan anak di Thailand ini belum bisa dikatakan sepenuhnya mandiri. Sistem ini membuka peluang besarnya intervensi pemerintah. Hal ini nampak pada keterlibatan unsur pemerintah mulai dari pejabat kementerian hingga pemerintah daerah dalam Komite Perlindungan Anak. Dalam hal ini cukup sulit mengharapkan komite Perlindungan Anak dapat melaksanakan fungsi pengawasan secara independen dan evaluasi secara transparan terhadap kinerja pemerintah, jika pemerintah itu sendiri telah menjadi bagian besar dari keanggotaan komite itu sendiri.

3. Sistem perlindungan anak di Indonesia

Lebih dari 20 tahun sejak diratifikasinya Konvensi Hak Anak di tahun 1990, Indonesia telah melakukan berbagai upaya secara berkesinambungan, guna membangun sistem perlindungan anak yang sesuai dengan kepribadian bangsa, namun tetap mengacu pada Konvensi Hak Anak (KHA). Adapun upaya yang dimaksud antara lain membuat seperangkat aturan terkait, merancang strategi dan perencanaan di bidang anak, mendirikan institusi independen, dan mengalokasikan dana-dana tertentu dalam APBN untuk kegiatan perlindungan anak.

Ditinjau dari unsur-unsur sistem perlindungan anak, gambaran sistem perlindungan anak di Indonesia adalah sebagai berikut:

3.1 Struktur

Dari sisi aturan, saat ini Indonesia telah menetapkan seperangkat aturan hukum yang terdiri dari undang-undang, peraturan pemerintah, dan keputusan presiden terkait dengan pelaksanaan perlindungan anak.

Secara umum, peraturan ini dapat dibedakan menjadi 2 jenis, yakni aturan khusus dan aturan umum. Aturan khusus di bidang anak, antara lain Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak, Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Peradilan Anak (dalam proses amendemen), dan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Sedangkan, beberapa aturan umum atau aturan yang memuat beberapa pasal yang dapat diterapkan pada kasus-kasus anak, antara lain KUHP, Undang-undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional, dan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Diantara aturan-aturan yang ada tersebut, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang

Perlindungan Anak menjadi pedoman utama dalam melaksanakan perlindungan anak di Indonesia.

Dari sisi kelembagaan, sistem perlindungan anak di Indonesia dijalankan oleh lembaga pemerintah, yakni Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak dan Kementerian Sosial sebagai pemangku kewajiban (*duty bearer*), dan lembaga independen yang dikenal dengan Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI). KPAI ini adalah satu-satunya lembaga yang diamanatkan UU 23 tahun 2002, karena Komnas anak itu muncul atas kebijakan kementerian sosial melalui surat keputusan menteri no. 81/97 untuk meningkatkan efektifitas pelaksanaan perlindungan anak yang dilaksanakan pemerintah.

Pada dasarnya, KPAI hanya dibentuk di tingkat nasional dengan beranggotakan 9 komisioner yang berasal dari berbagai kalangan, baik pakar maupun pemuka masyarakat. Namun, jika dipandang perlu (tergantung kebutuhan tiap daerah), tiap pemerintah daerah diperkenankan untuk membentuk lembaga sejenis di daerahnya masing-masing (Pasal 9 ayat 1 Keppres Nomor 77 Tahun 2003).

Lembaga yang dimaksud di atas bernama KPAID (Komisi Perlindungan Anak Indonesia Daerah). KPAID ini bukanlah perwakilan atau cabang KPAI di daerah. Hubungan yang terjalin antara keduanya hanyalah koordinasi fungsional saja, bukan hubungan hierarkis. KPAID tidak wajib melaporkan kinerjanya pada KPAI Nasional, dalam hal ini KPAID hanya bertanggung jawab pada kepala daerah yang membentuknya.

3.2. Fungsi

Berbeda dengan Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak yang memiliki fungsi pebuat kebijakan, strategi, program-program perlindungan anak berikut dengan pelaksanaannya, KPAI difungsikan sebagai lembaga penasihat (*advisory board*). Salah satu tugasnya adalah menyampaikan pendapat/pandangannya kepada pemerintah mengenai penyelesaian kasus-kasus anak dan juga kebijakan yang telah diambil oleh pemerintah. Selain itu, KPAI juga melaksanakan fungsi sosialisasi peraturan-peraturan tentang anak, melakukan advokasi, mengumpulkan data, pengawasan dan evaluasi kinerja pemerintah dalam melindungi anak.¹¹

3.3. Kapasitas

Seperti halnya Thailand, sistem perlindungan anak Indonesia juga membutuhkan kapasitas yang mampu mendukung operasionalisasi sistem, meliputi ketersediaan sumber daya manusia, infrastruktur dan dana yang memadai. Adapun upaya yang telah dilakukan dalam rangka

11 Pasal 76 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002

peningkatan kapasitas sistem tersebut adalah sebagai berikut:

- a. menyelenggaraan berbagai seminar, workshop, dan pelatihan keahlian di bidang anak untuk para pekerja sosial, pakar, dan aparat penegak hukum;
- b. Mengenalkan program pengarustamaan hak-hak anak dan kota layak anak;
- c. Mendirikan beberapa pusat rehabilitasi dan panti untuk anak, contohnya Panti Sosial Anak Asuhan (PSAA), dan Panti Sosial Bina Remaja (PSBR), bentukan hasil kerja sama dari Kesejahteraan Sosial bekerja sama dengan Kementerian Hukum dan HAM;
- d. Menjalin kerja sama dengan organisasi internasional seperti UNICEF dan *Save for Children*;
- e. Menyelenggarakan pengadilan anak yang khusus diperuntukkan untuk menangani kasus-kasus anak nakal;
- f. meningkatkan alokasi anggaran dana untuk membiayai kegiatan-kegiatan perlindungan anak. Dalam hal ini, setidaknya sekitar 4 % dari total APBN¹² telah dialokasikan untuk kepentingan ini. Dana yang dialokasikan pemerintah tersebut juga digunakan untuk mendanai operasionalisasi KPAI, hanya saja dana untuk KPAI tersebut masih digabung ke dalam anggaran Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, dan tidak secara langsung dikelola oleh KPAI.

Dari paparan di atas, dapat disimpulkan bahwa sistem perlindungan anak di Indonesia lebih sederhana jika dibandingkan dengan sistem yang dimiliki Thailand. Namun demikian, dalam beberapa hal, sistem yang dimiliki Indonesia ini masih perlu untuk diperbaiki agar lebih sistematis, dan dapat dirasakan eksistensinya oleh masyarakat. Sistem perlindungan anak yang dimiliki Indonesia dapat dikatakan belum terbangun secara sistematis, komprehensif. Sistem ini juga belum sepenuhnya terintegrasi ke dalam sistem kesejahteraan sosial, dan belum menjadikan keluarga sebagai sasaran penting dalam pelaksanaan sistem tersebut.

Selanjutnya, upaya-upaya yang telah dilakukan oleh menteri terkait dan KPAI nampaknya belum menjangkau semua level masyarakat, terutama masyarakat bawah. Hal ini nampak dari keberadaan KPAID yang masih sangat minim, tidak semua wilayah di Indonesia memiliki komite perlindungan anak daerah (KPAID), terlebih lagi KPAID tersebut sebenarnya bukan perwakilan dari Komite Perlindungan Anak Nasional.

12 Lihat Laporan Periodic ke-3 dan ke-4 Unicef untuk Indonesia, 26 Maret 2008

4. Perbandingan aturan hukum mengenai kekerasan anak dalam keluarga di Thailand dan Indonesia

4.1. Aturan Hukum tentang Kekerasan Anak dalam Keluarga di Thailand

Pada prinsipnya, Thailand melarang tegas segala bentuk kekerasan terhadap anak, termasuk yang terjadi dalam rumah dan dilakukan oleh anggota keluarga. Hal ini telah dijamin dalam Pasal 52 Konstitusi Thailand (2007), yang berbunyi sebagai berikut:

"Children, youth, woman and family members shall have the right to be protected by the state against violence and unfair treatment and the right to receive remedy in such case" (Anak-anak, remaja, wanita dan anggota keluarga berhak untuk mendapatkan perlindungan negara dari kekerasan dan perlakuan yang tidak adil, sekaligus berhak mendapatkan penyembuhan/pemulihan dalam kasus tersebut).

Dari rumusan pasal tersebut di atas, dapat diketahui bahwa Konstitusi Thailand tersebut mengakui bahwa bebas dari segala bentuk kekerasan merupakan hak asasi setiap manusia (termasuk anak-anak tanpa kecuali), yang sifatnya mutlak dan tidak dapat dialihkan.

Dalam rangka melindungi anak-anak dari kekerasan dalam keluarga, Thailand menerapkan 2 (dua) peraturan utama, yakni *Child Protection Act* (2003) dan *Domestic Violence Victims Protection Act B.E. 2550* (2007). Kekhasan dari dua peraturan ini adalah dikedepankannya penggunaan sarana-sarana nonpenal daripada sarana penal dalam menyelesaikan kasus-kasus kekerasan tersebut. Sarana yang bersifat punitif yang ditetapkan dalam kedua undang-undang tersebut cenderung lunak, dikarena prinsip yang mendasari keduanya adalah memelihara hubungan keluarga untuk kepentingan terbaik dari anggota keluarga itu sendiri. (CRC/C/THA/3-4, 2011: 14)¹³

Kedua undang-undang tersebut lebih menekankan pada perbaikan korban (anak-anak), pelaku (keluarga), dan setiap akibat (kerugian) yang disebabkan oleh tindak kekerasan, dibandingkan pengenaan sanksi pidana yang berat kepada pelaku. Tampaknya, sanksi pidana dalam 2 (dua) aturan ini memang sengaja didesain bukan sebagai sarana utama (*primum remedium*), melainkan sebagai alternatif upaya terakhir (*the last resort*) atau *ultimum remedium*.

Adapun jenis sarana nonpenal yang disediakan oleh undang-undang antara lain: bantuan kesejahteraan (*welfare assistance*), perlindungan keselamatan (*safety protection*), mediasi (*mediation*), pembinaan (*treatment*), hukuman bersyarat/percobaan (*probation*) dengan membayar sejumlah

13 Laporan ke-3 dan ke-4 Unicef Thailand menyebutkan bahwa "*the punitive measures stipulated in these two Acts tend to be lenient as their underlying principle is to maintain family relationship for the best interest of the family members*"

dana tertentu, dan upaya-upaya perbaikan lainnya (*other remedial measures*) berupa larangan memasuki area tertentu dimana anak (korban) berada (*bond of performance*).

Batasan yuridis kekerasan dalam keluarga atau dalam hal ini Thailand menyebutnya dengan istilah “*domestic violence*” (kekerasan dalam rumah tangga), dirumuskan dalam section 3 *Domestic Violence Victim Protection Act B.E. 2550 (2007)*, yakni sebagai berikut.

“Domestic violence means any act committed with an intention to cause bodily, mentally or healthily harm of, or an act committed intentionally in a manner that may cause bodily, mentally or healthily harm of, a family member or any coercion or undue influence conducted with a view to make a family member to do something, refrain from doing something or accept any act illegally, but not including an act committed through negligence”

Dari rumusan tindak pidana di atas, diketahui bahwa kekerasan dalam keluarga (dalam rumah tangga) mengandung beberapa unsur, yakni (1) Adanya perbuatan (termasuk yang berupa paksaan dan pengaruh buruk/tidak sepatutnya) sebagai *actus reus*, (2) dilakukan dengan sengaja atau dengan maksud sebagai *mens rea*, (3) dapat atau diduga dapat menyebabkan kerusakan atau kerugian fisik, mental, dan kesehatan sebagai akibat yang dilarang, (4) baik pelaku maupun korban sama-sama merupakan anggota keluarga. Unsur yang terakhir inilah yang kemudian membedakan kekerasan dalam keluarga (rumah tangga) dengan bentuk kekerasan lainnya.

Dari rumusan definisi tersebut di atas, juga dapat diketahui bahwa setidaknya terdapat 3 jenis perbuatan dalam undang-undang di Thailand yang dapat dikategorikan sebagai kekerasan dalam keluarga (rumah tangga), yakni.

- a. Setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menyebabkan kerugian atau bahaya fisik, mental, dan kesehatan dari anggota keluarga; **contohnya:** seorang ibu yang dengan sengaja membakar anak kandungnya sendiri.
- b. Setiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja dengan cara-cara yang dapat menyebabkan kerugian atau bahaya fisik, mental, dan kesehatan dari anggota keluarga; **contohnya:** tindakan orang tua yang memasung anaknya yang menderita cacat mental agar tidak mengganggu orang lain lagi.
- c. Setiap paksaan atau pengaruh (bujukan) tidak patut, yang dilakukan untuk membuat anggota keluarga untuk melakukan sesuatu, tidak melakukan sesuatu, atau menerima setiap perbuatan secara melawan hukum, tapi tidak termasuk perbuatan yang sifatnya lalai (*negligence act*). **Contohnya:** orang tua yang memaksa anaknya untuk melakukan penipuan atau tindakan melawan hukum lainnya demi membantu keuangan keluarga.

Selain *Domestic Violence Victim Protection Act B.E. 2550 (2007)*, aturan lain yang dapat diterapkan untuk melindungi anak dari kekerasan dalam keluarga (rumah tangga) di Thailand adalah *Child Protection Act of 2003*. Meskipun tidak secara khusus mengatur tentang kekerasan dalam keluarga, namun undang-undang ini juga memuat beberapa perbuatan yang hakikatnya dapat dipandang sebagai bentuk kekerasan terhadap anak dalam keluarga (rumah tangga), yang dilakukan oleh orang tua atau keluarga yang menjadi waliannya, yakni Pasal 25 dan 26 *Child Protection Act of 2003*.

Pasal 25 menyebutkan beberapa perbuatan yang dilarang keras dilakukan oleh orang tua atau wali anak, antara lain:

- a. Meninggalkan anak di tempat penitipan anak, atau di fasilitas pelayanan kesehatan, atau dengan seseorang yang bekerja untuk merawatnya, atau di tempat umum, atau tempat lainnya dengan maksud untuk tidak mengambilnya kembali. (*Abandon a child at a nursery or health care facility, or with a person employed to look after the child, or at a public place or any other place, with the intention of not taking him or her back*);
- b. Menelantarkan anak di tempat manapun tanpa menyediakan perawatan atau perlindungan keamanan yang patut. (*Neglect a child at any place without arranging for appropriate safety protection or care*);
- c. Dengan sengaja atau dengan kealpaan menarik segala sesuatu yang dibutuhkan anak untuk menyambung hidupnya atau untuk kesehatannya, sehingga dapat menyebabkan bahaya bagi fisik dan kejiwaannya. (*Deliberately or negligently withhold from a child things that are necessary for sustaining the child's life or health, to an extent which seems likely to cause physical or mental harm to the child*);
- d. Merawat anak dengan jalan menghambat tumbuh kembangnya (*Treat a child in ways or manners which hinder his or her growth or development*); dan
- e. Merawat anak dengan cara-cara yang bertentangan dengan hukum. (*Treat a child in ways or manners which constitute unlawful caring*).

Sedang Pasal 26 khususnya ayat (1), (2), (3), mengatur beberapa perbuatan yang dapat dilakukan oleh siapa saja tanpa mensyaratkan adanya kualitas tertentu, termasuk bisa juga dilakukan oleh keluarga (orang tua), yakni sebagai berikut.

- a. Melakukan atau tidak melakukan perbuatan yang berakibat pada pengrusakan tubuh dan pikiran anak. (*Commit or omit acts which result in torturing a child's body or mind*);
- b. Dengan sengaja atau kealpaan menarik segala sesuatu yang dibutuhkan untuk kelangsungan hidup atau kesehatan anak yang berada di bawah pengasuhan, sehingga dapat menyebabkan

bahaya fisik dan kejiwaannya. (*Intentionally or neglectfully withhold things that are necessary for sustaining the life or health of a child under guardianship, to the extent which would be likely to cause physical or mental harm to the child*);

- c. Memaksa, mengancam, membujuk dan mendorong atau membikarkan anak mengadopsi perilaku atau cara-cara yang tidak patut dapat dapat menyebabkan anak melakukan perbuatan salah (menyimpang). (*Force, threaten, induce, encourage or allow a child to adopt behaviour and manners which are inappropriate or likely to be the cause of wrongdoing*).

Meskipun Pasal 25 dan 26 *Child Protection Act of 2003* tersebut dapat dikategorikan sebagai bentuk kekerasan dalam keluarga berdasarkan rumusan *section 3* dari *Domestic Violence Victim Protection Act B.E. 2550 (2007)*, namun konsekuensi yuridis yang timbul dari pelanggaran kedua pasal tersebut adalah berbeda. Dalam hal ini, pelanggaran Pasal 25 oleh orang tua atau wali tidak menimbulkan akibat hukum apapun. Sedangkan, pelanggaran Pasal 26 yang tidak secara spesifik menyebutkan kualitas pelaku, dapat mengakibatkan saksi pidana bagi siapa saja yang melanggarnya, termasuk jika yang melakukannya adalah orang tua.

Sebagaimana yang telah dipaparkan dalam sub bab sebelumnya, sarana yang disediakan oleh undang-undang untuk menanggulangi kekerasan terhadap anak dalam keluarga (rumah tangga) ini meliputi 2 jenis, yakni upaya nonpenal dan penal. Adapun bentuk sarana nonpenal yang disediakan baik dalam *Child Protection Act of 2003* maupun *Domestic Violence Victim Protection Act B.E. 2550 (2007)*, adalah sebagai berikut:

- a. Bantuan kesejahteraan sosial (*social welfare assistance*);

Bantuan ini tidak hanya diberikan kepada anak sebagai korban, melainkan juga kepada keluarga (orang tua) sebagai pelaku dengan tujuan agar mereka tidak mengulangi lagi perbuatannya, mampu merawat sekaligus menjaga anak-anak mereka dengan lebih baik menurut hukum yang berlaku (lihat Pasal 33 *Child Protection Act of 2003*).

Bentuk bantuan kesejahteraan sosial yang diberikan bervariasi, tergantung pada derajat kerugian/bahaya yang ditimbulkan dan kemungkinan terjadinya pengulangan tindakan yang sama di kemudian hari. Adapun bantuan yang dimaksud antara lain seperti: menyerahkan anak untuk dirawat di pusat perawatan anak (*nursery centre*), dengan jangka waktu tidak lebih dari 1 bulan, dan menyerahkan anak untuk dirawat oleh keluarga asuh yang telah ditentukan.

- b. Tindakan perlindungan keselamatan (*safety protection*)

Tindakan ini khusus diberikan kepada anak yang menjadi korban

penyiksaan (*tortured children*). Setelah adanya laporan, pejabat yang berwenang (*competent official*) akan mendatangi rumah tempat terjadinya perkara, untuk melakukan inspeksi, dan memisahkan si anak dari keluarganya untuk sementara waktu. Kemudian, sebelum memutuskan bentuk perlindungan keselamatan yang tepat bagi si anak, pejabat yang berwenang sesegera mungkin melakukan serangkaian eksaminasi fisik dan mental terhadap anak, dan melakukan penelusuran informasi dan pengamatan kepada anak berikut dengan keluarganya.

- c. Rehabilitasi mental;
- d. Pembinaan (*treatment*);
- e. tindakan hukuman bersyarat (*probation*) dengan membayar sejumlah bantuan finansial tertentu dan melakukan pengabdian masyarakat,
- f. *Remedial measures* atau tindakan perbaikan berupa larangan memasuki area tertentu atau berhubungan dengan anak untuk sementara waktu (*bond of perfomance*)

Sedangkan, sarana penal yang disediakan di dalam kedua aturan tersebut berupa sanksi pidana penjara untuk waktu tertentu dan sejumlah denda. Kedua jenis sanksi ini dapat diterapkan secara fakultatif maupun kumulatif oleh hakim, dengan masa pidana yang variatif. Untuk pelanggaran Pasal 26 *Child Protection Act of 2003*, sanksi pidana penjara yang dikenakan maksimal 3 bulan (Pasal 78), dan untuk sanksi pidana denda yang dijatuhan maksimal 30000 Bath. Untuk pelanggaran Pasal 3 *Domestic Violence Victim Protection Act B.E. 2550* (2007), sanksi pidana penjara yang diancamkan maksimal 6 bulan, sedangkan sanksi pidana dendanya maksimal 6000 Bath.

3.1. Aturan hukum tentang kekerasan anak dalam keluarga di Indonesia

Sama halnya dengan Thailand, segala bentuk kekerasan anak dipandang melawan hukum dan secara tegas dilarang di Indonesia. Bebas dari setiap bentuk kekerasan merupakan hak anak yang telah dijamin dan diakui secara eksplisit dalam Pasal 28 B (2) UUD 1945. Ketentuan dalam UUD 1945 ini, kemudian ditindaklanjuti dengan penetapan sejumlah peraturan terkait, diantaranya Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, dan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Kedua aturan ini merupakan aturan utama yang diterapkan negara guna melindungi anak dari bahaya kekerasan dalam keluarga (rumah tangga).

Walaupun saranapenaldannonpenaltelahdiaturdalamkeduaaturan tersebut, namun sarana yang lebih diutamakan dalam penanggulangan

kekerasan terhadap anak ini adalah pemidanaan para pelakunya. Hal ini nampak jelas pada muatan masing-masing aturan ini, yang menyiratkan dua hal, yakni: Pertama, dirumuskannya ancaman sanksi pidana yang berat terhadap tindak pidana yang ditetapkan, khususnya tindak pidana yang mengandung unsur kekerasan di dalamnya. Kedua, pilihan sarana non penal yang disediakan masih teramat terbatas. Dalam hal ini, nampaknya Indonesia memberlakukan paradigma yang sebaliknya, bila dibandingkan dengan Thailand yang cenderung meminimalisasi penggunaan sanksi pidana dalam penanggulangan tindak kekerasan dalam keluarga (rumah tangga).

Definisi hukum kekerasan dalam rumah tangga di Indonesia, dapat ditemukan dalam Pasal 1 nomor 1 dari Undang-undang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Pasal tersebut menyatakan:

"bahwa kekerasan dalam rumah tangga adalah setiap perbuatan yang dilakukan kepada setiap orang, khususnya perempuan yang menyebabkan kerugian fisik, seksual, mental, dan atau penelantaran rumah tangga, termasuk ancaman melakukan suatu perbuatan, paksaan, merampas kemerdekaan secara melawan hukum dalam lingkup rumah tangga".

Dari definisi tersebut di atas, sekaligus sebagaimana disebutkan dalam Pasal 5, kekerasan dalam rumah tangga di Indonesia dapat diidentifikasi ke dalam 4 (empat) bentuk, yakni: kekerasan fisik, seksual, mental, dan penelantaran yang terjadi dalam lingkup rumah tangga, yang dilakukan oleh dan kepada anggota keluarga.

Selain Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak juga dapat diterapkan untuk melindungi anak dari kekerasan yang dilakukan oleh keluarganya. Undang-undang perlindungan anak ini memang tidak secara eksplisit menyebutkan bahwa perbuatan-perbuatan tertentu yang diatur di dalamnya sebagai kekerasan dalam keluarga (rumah tangga), namun ketika pelaku perbuatan tersebut adalah anggota keluarga, maka perbuatan tersebut sudah dapat dikatakan sebagai salah satu bentuk kekerasan dalam rumah tangga terhadap anak sebagaimana dirumuskan unsurnya dalam Pasal 1 Nomor 1 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004.

Adapun perbuatan tertentu yang dimaksud di atas adalah penelantaran (Pasal 77), penganiayaan anak oleh orang tua atau wali-nya (Pasal 80 Ayat (4), kekerasan seksual (Pasal 81, 82) eksplorasi seksual dan ekonomi (Pasal 88), *juncto* Pasal 13 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002.

Sarana-sarana yang digunakan untuk melindungi anak dari kekerasan dalam keluarga ini meliputi sarana penal dan nonpenal. Dengan mempertimbangkan bahwa setiap anak yang menjadi korban kekerasan harus segera mendapatkan perlindungan khusus (Pasal 59), maka baik Undang-undang Perlindungan Anak maupun Undang-undang

Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga menyediakan beberapa sarana nonpenal yang ditujukan untuk anak sebagai korban, yakni berupa rehabilitasi, pengawasan, perawatan korban (Pasal 64 ayat (3) dan Pasal 71 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002), mengantar korban ke rumah aman atau tempat tinggal alternatif, memberikan penguatan psikologis dan fisik oleh relawan, (Pasal 22 dan Pasal 23 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004).

Sedangkan sarana penal yang disediakan dalam kedua undang-undang tersebut berupa pidana penjara dalam waktu tertentu dan denda. Sanksi pidana tersebut dapat dikenakan secara fakultatif, kumulatif, dan gabungan. Adapun bobot pidana yang dikenakan kepada pelaku bervariasi tergantung dari deliknya. Untuk Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002, sanksi pidana penjara yang diancamkan kepada pelaku, berkisar mulai dari maksimal 3 tahun 6 bulan hingga maksimal 15 tahun. Sedangkan sanksi pidana denda berkisar dari maksimal 72 juta hingga 300 juta. Selain itu, undang-undang perlindungan anak ini juga mengatur pemberatan pidana bagi orang tua yang melakukan kekerasan terhadap anaknya sebesar 1/3 dari pidana yang diancamkan.

Untuk Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004, sanksi pidana penjara yang diancamkan berkisar mulai dari maksimal 5 tahun hingga maksimal 15 tahun. Sedangkan, denda berkisar mulai dari maksimal 3 juta hingga maksimal 300 juta. Untuk pelaku, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 juga menyediakan pidana tambahan berupa pembatasan gerak dan konseling (Pasal 50).

4. Pengalaman terbaik Thailand untuk Indonesia

Pada prinsipnya benar kiranya pesan yang senantiasa diimbau oleh PBB melalui Unicef bahwa “tidak ada kekerasan terhadap anak yang dapat dibenarkan dan semua bentuk kekerasan terhadap anak sebenarnya dapat dicegah” (*no violence against children is justifiable, and all violence against children is preventable*) (Willem, J.C.M., 2006:45).

Dalam hal ini, baik Indonesia maupun Thailand juga telah melakukan serangkaian usaha yang progresif dan berkesinambungan untuk melindungi anak dari setiap bentuk kekerasan, sebagaimana yang diamanatkan dalam Pasal 19 Konvensi Hak Anak.¹⁴ Berbagai upaya yang dilakukan Indonesia dan Thailand tentunya sama-sama memiliki kelebihan dan kelemahan. Oleh karena itu, dalam rangka meningkatkan penyelegaraan perlindungan anak yang lebih ke depannya, maka terdapat

¹⁴ Article 19 of Convention on the Rights of Child states that “*all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment, or exploitation including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child*”

beberapa kelebihan Thailand yang dapat menjadi kontribusi konstruktif bagi Indonesia dalam mengembangkan perlindungan hukum bagi anak, khususnya anak yang menjadi korban kekerasan dalam keluarga.

Secara global, setidaknya terdapat 2 (dua) hal positif yang dapat Indonesia pelajari dari Thailand, yakni perihal model sistem perlindungan, paradigma sekaligus sarana yang digunakan untuk menanggulangi kekerasan terhadap anak dalam keluarga. Adapun uraian keduanya adalah sebagai berikut:

a. Sistem Perlindungan Anak

Tidak dapat dipungkiri bahwa sistem perlindungan anak yang dimiliki Indonesia saat ini memiliki banyak kelemahan dan belum mampu mengatasi berbagai permasalahan yang terjadi pada anak. Sistem yang ada saat ini tidak sistematis dan cenderung fragmentair, serta tidak sepenuhnya terintegrasi ke dalam sistem kesejahteraan sosial. Oleh karena itu beberapa hal yang seyogyanya dibenahi terutama elemen struktur, fungsi, dan kapasitas dari sistem perlindungan anak Indonesia adalah sebagai berikut:

(1) Mengingat permasalahan anak ini terkait dengan permasalahan sosial lainnya, maka perlu kiranya mengintegrasikan sistem perlindungan anak ini dengan sistem sosial lainnya.
(2) Dari sisi struktur, perlunya pemberahan kebijakan hukum yang ada. Kebijakan hukum (dalam hal ini hukum pidana) saat ini seolah-olah nampak terpisah dengan kebijakan sosial lainnya. Padahal seyogyanya kebijakan hukum tersebut perlu diintegrasikan ke dalam kebijakan sosial lainnya. Sebagaimana yang pernah ditegaskan PBB dalam kongresnya yang ke-5 tahun 1975, yang berbunyi: *the many aspect of criminal policy should be coordinated an the whole be integrated into the general social policy of each country*" (Barda Nawawi Arief, 2008:7).

Kemudian, terkait dengan kelembagaan sebagai pelaksana sistem ini, perlu kiranya membentuk perwakilan KPAI di semua daerah di Indonesia (terutama daerah yang berpotensi besar terjadinya pelanggaran terhadap anak). Pembentukan KPAI tersebut kiranya didasarkan pada sebuah keharusan (kewajiban), bukan sekadar kebutuhan daerah, yang akan diadakan jika dianggap perlu saja. Selain itu, antara KPAI nasional dengan KPAID perlu diikat dengan hubungan hierarkis bukan sekadar koordinasi fungsional seperti yang ada selama ini.

(3) Dari sisi fungsi, perlu kiranya penguatan fungsi KPAI itu sendiri sebagai lembaga yang independen, yang mana tugasnya bukan sekadar memberikan masukan kepada pemerintah dan sosialisasi undang-undang saja, namun juga harus proaktif dalam menyelesaikan kasus-kasus anak dan menyelenggarakan

perlindungan bagi anak di semua level, terutama level bawah.

(4) Dari sisi kapasitas, kapasitas yang dimiliki sistem perlindungan anak Indonesia saat ini belum memadai, terutama dalam hal pendanaan dan infrastruktur pendukung. Pemerintah sudah sepatutnya mengalokasi dana lebih untuk penyelenggaraan perlindungan anak di semua lini, dan memberikan kesempatan bagi KPAI sebagai lembaga independen untuk mengelola dana sendiri. Tidak seperti selama ini, yang mana dana KPAI diinklusikan ke dalam pendanaan Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak.

Selain itu, perlu ditambah pengadaan infrastruktur pendukung yang memadai seperti yang dimiliki Thailand, misalnya adanya berbagai pusat rehabilitasi sosial, pusat perawatan anak, dan pengadilan khusus untuk anak dan keluarga.

b. Paradigma dan Sarana penanggulangan Kekerasan terhadap Anak dalam Keluarga.

Mengingat beberapa pertimbangan bahwa:

- (1) Masalah kejahatan bukan semata-mata masalah hukum, tetapi juga masalah sosial (Barda Nawawi, 2008:22);
- (2) Keluarga dan anak sebenarnya sebuah ikatan yang tidak terpisahkan. Anak adalah bagian penting dari sebuah keluarga, dan demikian halnya keluarga adalah penting bagi pertumbuhan anak;
- (3) sarana penal bukanlah satu-satunya sarana yang dapat digunakan untuk menanggulangi kejahatan;
- (4) Penanggulangan kejahatan bukan semata-mata urusan penegak hukum, namun melibatkan banyak pihak dari berbagai bidang (Barda Nawawi, 2008:22);
- (5) Sanksi pidana memiliki efek luar biasa;

Maka, perlu adanya perubahan paradigma penanggulangan kekerasan anak dalam keluarga. Jika selama ini penanggulangan tersebut lebih difokuskan pada pemidanaan pelaku (keluarga), diubah untuk lebih difokuskan pada restorasi pelaku dan korban. Dalam hal ini, perlu kiranya keluarga diberdayakan untuk kembali melaksanakan fungsinya dalam merawat dan membesarkan anak secara patut. Selain itu, perlu kiranya meminimalisasi penggunaan sanksi pidana yang ada, dan disediakan alternatif lain dari sanksi pidana tersebut, dengan lebih mengedepankan sarana-sarana nonpenal sebagaimana yang telah dilakukan oleh Thailand.

5. SIMPULAN

Berdasarkan paparan di atas, adapun yang bisa disimpulkan dalam artikel ini adalah sebagai berikut:

- (1) Terdapat perbedaan yang signifikan mengenai upaya perlindungan anak (sistem dan aturan) yang dimiliki Thailand dengan Indonesia. Perlindungan anak di Thailand lebih difokuskan pada penguatan dan pemberdayaan keluarga. Dalam menanggulangi kekerasan anak dalam keluarga, Thailand lebih mengedepankan penerapan sarana-sarana non-penal (berupa restorasi korban dan pelaku). Sedangkan, sarana penal yang ada bersifat lebih lunak dan dibatasi penggunaannya berdasarkan prinsip *ultimun remedium* dan kepentingan terbaik anggota keluarga. Sementara itu di Indonesia, upaya perlindungan anak lebih difokuskan pada pemidanaan pelaku (keluarga) dengan mengenakan sanksi-sanksi pidana yang berat terhadap pelakunya. Keluarga dalam hal ini belum sepenuhnya diintegrasikan ke dalam strategi penanggulangan tindak kekerasan tersebut.
- (2) Pengalaman positif Thailand yang dapat menjadi kontribusi konstruktif bagi Indonesia meliputi 2 (dua) hal, yakni: pertama, upaya Thailand dalam membangun sebuah sistem perlindungan anak yang sistematis, dengan mengintegrasikan sistem tersebut ke dalam sistem kesejahteraan sosial. Kedua, paradigma yang diusung Thailand dalam menyelesaikan kasus-kasus kekerasan anak dalam keluarga adalah lebih menfokuskan diri pada penguatan keluarga dan pemulihan anak, serta meminimalisasi pengenaan sanksi pidana dengan menyediakan sarana-sarana non-penal yang beragam jenisnya.

DAFTAR PUSTAKA

Arief, Barda Nawawi. 2008. *Kebijakan Hukum Pidana*. Kencana Prenada Group. Jakarta

Barnett, Ola. 2005. *Family Violence Across The Lifespan (Second Edition)*. London: Sage Publication London

Breckett, Chris. 2003. Child Protection: An Intoduction. India: Sage Publication

Bussman,D.K., and Detlev Frehse, Wiebke Horn. 1996. *Family Violence Against Children: A Challenge for Society*. New York: De Gruiter Publishing

Child Protection Act of Thailand (2003)

CRC/C/THA/1-2/2011 (the first and second Reports Submitted by Thailand to UN)

CRC/C/THA/3-4/2011(the third and fourth Reports Submitted by Thailand to UN)

Corby, Brian. 2006. *Child Abuse Towards A Knowledge Base (Third Edition)*. Open University Press: Mc.Graw-Hill Education

Domestic Violence Victim Protection Act B.E. 2550 (2007)

Gosita, Arief. (5 Oktober 1996), *Pengembangan Aspek Hukum Undang-Undang Peradilan*

Anak dan Tanggung Jawab Bersama. Seminar Nasional Perlindungan Anak. Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjajaran

Hadisuprapto, Paulus. (5 Oktober 1996) *Masalah Perlindungan Hukum Bagi Anak*. Seminar Nasional Perlindungan Anak. Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjajaran.

Hobart,C. And Jill Frankel. 1998. *Good Practice in Child Protection*. United Kindom: Nelson Thomas.Ltd.

Johnson, F.H., *Ensuring Justice And Protection for All Children*. Keynote Address Presented in EU Fundamental Rights Conference. Belgium. December 8, 2010

Kementerian Negara Pemberdayaan Perempuan. 2001. *Laporan Pelaksanaan Konvensi Hak Anak Di Indonesia*. Jakarta

Laporan Periodik ke-3 dan Ke-4 UNICEF untuk Indonesia, 26 Maret 2008

Loyola Institute. 2006. Building A Protective Environment For Children In Thailand: An assessment of child protection Laws and Regulations. Report Prepared for UNICEF Thailand, University Chicago.

Lawrence, Anne. 2004. *Principles of Child Protection: Management and*

Practice, England: Mc. Graw Hill International Corp

Mullender, Audrey. 2002. *Children's Perspective on Domestic Violence*. London: Sage Publication

Myers, John E.B. 2011. The APSAC Handbook on Child Maltreatment (Third Edition), London: Sage Publication

Pourzand, Niloufar. The Assesment of Child and Family Welfare System in Indonesia, UNICEF

Sauders, Bernadette.J. and Chris Goddard, *Physical Punishment in Childhood (The Rights of The Child)*, Willey-Blackwell Publication, UK, 2010

Secretary-General's Study On Violence Against Children. 2006. *World Report Violence Against Children*. Geneva: United Nations

Thailand's Constitution (2007)

The UN Convention The Rights of The Child

The UNICEF Working Document. 2010. "Adapting a System Approach to Child Protection: Key Concepts and Consideration", written by Fred Wulczin, Deborah Daro, John Fluke, Sara Feldman, Christin Glodek, Kate Lifanda, Newyork

UNICEF. 2006. *Behind Closed Door: The Impact of Domestic Violence Against Children*, UnitedKingdom: The Body Shop International.Plc.

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga

Undang-Undang Dasar RI 1945

Waldfogel, Jane, Prevention and the Child ProtectionSystem, www.futureofchildren.org, vol.19/No.2/Fall 2009

Willems, J.C.M. (ed).2006. *Children's Rights and Human Development (A multidisciplinary Reader)*. Antwerp: Intersentia Maastricht Centre For Human Rights

www.rakyatmerdekaonline.com. 2 Oktober 2010

RESTORATIVE JUSTICE DALAM WUJUD DIVERSI: KASUS ANAK YANG BERKONFLIK DENGAN HUKUM

Elfina L. Sahetapy

The way of society treats its children reflects not only its qualities of compassion and protective caring, but also its sense of justice, its commitment to the future and its urge to enhance the human condition for coming generations.

(Javier Perez de Cuellar)

1. Pendahuluan

Aakhir penghujung tahun 2011 dan awal dimulainya tahun 2012, Masyarakat Indonesia khususnya para pemerhati masalah anak sangat dikejutkan dengan berita di televisi maupun melalui surat kabar terkait dengan berita tentang penangkapan serta penahanan anak yang diduga melakukan tindak pidana. Memang ini bukanlah hal baru, mengingat data statistik menunjukkan terjadi peningkatan yang cukup signifikan terhadap kasus-kasus kejahatan yang melibatkan anak sebagai pelaku. Akan tetapi yang menjadi keprihatinan adalah kenyataan bahwa jumlah pelaku kejahatan anak di berbagai daerah menunjukkan peningkatan.

Salah satu kasus yang menggemparkan terjadi di Palu Selatan, Sulawesi Tengah. Kisah ini bermula pada November 2010 ketika seorang pelajar Sekolah Menengah Pertama yang berinisial Aal bersama dengan temannya lewat di jalan Zebra di depan rumah kos seorang anggota kepolisian berpangkat Briptu. Melihat ada sepasang sandal jepit di depan rumah, Aal kemudian mengambilnya. Jika melihat sandal yang sudah butut tersebut, rasanya kurang adil jika kasus ini harus dibawa dalam proses peradilan. Apalagi jika Aal kemudian dituntut oleh Jaksa Penuntut Umum dengan pidana penjara selama 5 tahun. Masyarakat di berbagai

daerah bereaksi keras dengan cara mengumpulkan sandal jepit bekas hingga mencapai jumlah 1000 buah pasang sandal untuk disumbangkan dan diserahkan pada Kepala Kepolisian Republik Indonesia. Ini adalah sebuah ekspresi kemarahan masyarakat yang melihat bahwa proses peradilan terhadap pencurian sepasang sandal butut oleh seorang anak, terlihat mengada-ada dan sangat mengabaikan prinsip kepentingan terbaik bagi anak. Menarik pula untuk mengetahui reaksi Polri yang mengklaim bahwa penyidikan kasus tersebut sudah berjalan dengan benar sesuai aturan. Menurut Kabareskrim Polri Komjen Sutarman (pada Detikcom 4/1/2012), posisi penyidik dalam kasus tersebut serba salah. Sebab, dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHAP) tidak diatur untuk mengesampingkan perkara, meski kasus tersebut menimbulkan kerugian materi yang kecil. Sebaiknya, masyarakat mengkritisi aturan dalam KUHAP yang dalam hal ini tidak mengatur Penyidik untuk mengesampingkan perkara apapun. Jika melakukan tindakan di luar yang diatur dalam KUHAP, maka Penyidik akan menyalahi kewenangannya.

Jika kasus ini tidak mencuat ke permukaan dan mendapatkan reaksi masyarakat yang luar biasa, maka besar kemungkinan bahwa Aal akan tetap dikenakan sanksi pidana penjara 5 (lima) tahun. Namun Hakim dalam kasus ini cukup tanggap dengan situasi yang berkembang, sehingga pada akhirnya Aal diputus dengan sanksi tindakan yaitu mengembalikan pada orang tuanya.

Di daerah lain, terjadi pula kasus yang sungguh memilukan pada Hs seorang tahanan anak yang baru satu hari dibantarkan di Lembaga Pemasyarakatan (Lapas) Tulungagung Jawa Timur. Ia ditemukan meninggal dengan sejumlah luka lebam dan bekas sayatan di sejumlah tubuhnya dan diduga dikeroyok oleh sejumlah penghuni tahanan yang lain. Sungguh mengherankan bahwa para petugas Lapas yang mengantar Hs ke rumah sakit mengatakan bahwa ia "hanya" terjatuh di kamar mandi. Melalui gambaran dua kasus di atas, sangat disayangkan dan menjadi sebuah keprihatinan yang mendalam jika penangkapan tersebut tidak berpihak pada kepentingan terbaik bagi anak, dan di lain pihak terjadi penahanan yang sampai menimbulkan korban jiwa. Hal ini memperlihatkan betapa bobroknya sistem peradilan anak di Indonesia.

2. Perlindungan hukum bagi anak yang berkonflik dengan hukum

Anak merupakan amanah dari Tuhan Yang Maha Esa yang dalam dirinya melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Setiap anak mempunyai harkat dan martabat yang patut dijunjung tinggi dan setiap anak yang terlahir harus mendapatkan hak-haknya tanpa anak tersebut meminta. Di samping itu, yang tidak kalah penting untuk

diketahui bahwa anak adalah bagian dari generasi muda sebagai salah satu sumber daya manusia yang merupakan potensi dan penerus cita-cita perjuangan bangsa, yang memiliki peranan strategis dan mempunyai ciri dan sifat yang khusus, sehingga anak memerlukan pembinaan dan perlindungan dalam rangka menjamin pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial secara utuh, serasi, selaras dan seimbang. Hal ini sesuai dengan ketentuan Konvensi Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child* atau disingkat dengan CRC) yang diratifikasi oleh pemerintah Indonesia melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990, dan kemudian dituangkan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak (selanjutnya disebut UU Perlindungan Anak) yang pada prinsipnya mengemukakan prinsip-prinsip umum perlindungan anak. Namun pada kenyataannya, tidak semua anak mendapatkan kehidupan yang menyenangkan, memiliki keluarga yang menyayangi dan hidup berkecukupan. Sebagian anak mengalami hidup yang penuh dengan kekerasan dan hidup dalam garis kemiskinan sehingga mereka mencoba keluar dari penderitaan tersebut dengan mengambil jalan yakni melakukan suatu tindak pidana.

Permasalahan terkait pencegahan dan penanganan anak-anak yang berkonflik dengan hukum tidak hanya menjadi isu nasional di Indonesia, namun hal ini juga menjadi isu penting di kalangan masyarakat internasional. Hasil Kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Pelaku Kejahatan ke IX yang diselenggarakan di Kairo, Mesir pada tahun 1995 menghasilkan adanya 3 (tiga) instrumen internasional yang dianggap penting untuk diperhatikan dalam kaitannya dengan Perlindungan Hak-hak Anak Bermasalah dalam bidang hukum (*Children in Conflict with the Law*). Instrumen-instrumen Internasional tersebut ialah (1) *The United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency* (dikenal dengan sebutan *The Riyadh Guidelines*); (2) *The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (dikenal dengan *The Beijing Rules*) dan (3) *The United Nations Rules for the Protection of Juvenile Deprived of Liberty*. Indonesia sebagai salah satu negara yang ikut menandatangani ke 3 (tiga) instrumen ini, seharusnya menjadikan jiwa dan semangat ke tiga instrumen ini sebagai suatu landasan filosofis di dalam merumuskan ketentuan Undang-Undang.

Prinsip dasar dari *The Riyadh Guidelines* bahwa pencegahan delikensi anak adalah bagian penting pencegahan kejahatan pada umumnya di masyarakat. Pendayagunaan sarana perundang-undangan, aktivitas sosial yang bermanfaat, melakukan pendekatan manusawi terhadap segala aspek kehidupan kemasyarakatan serta memperhatikan kehidupan anak, akan bermanfaat dalam mengembangkan sikap-sikap nonkriminogen. Prinsip yang perlu diingat dan diperhatikan adalah bahwa

anak / remaja yang melakukan pelanggaran ringan tidak harus direaksi dengan pengkriminalisasian atau penghukuman atas perbuatannya. Prinsip dasar ini sebenarnya telah diaplikasikan di dalam Pasal 16 ayat (3) UU Perlindungan Anak yang mencantumkan bahwa: Penangkapan, penahanan, atau tindak pidana penjara anak hanya dilakukan apabila sesuai dengan hukum yang berlaku dan hanya dapat dilakukan sebagai upaya terakhir. Namun ketentuan Pasal 16 ayat (3) ini seakan-akan tidak dihiraukan oleh aparat penegak hukum, baik polisi, jaksa maupun hakim yang menangani kasus anak yang berkonflik dengan hukum. Sungguh sangat disayangkan, mengingat penjara apapun sebutannya merupakan tempat yang dapat menumbuhkan serta mengembangkan sifat kriminogen pada anak.

The Beijing Rules secara umum mengetengahkan perlunya Kebijakan Sosial yang komprehensif yang bertujuan untuk mendukung tercapainya sebesar mungkin kesejahteraan anak, yang pada gilirannya akan mengurangi campur tangan sistem peradilan anak. Berkurangnya campur tangan sistem peradilan anak ini akan berakibat pada pencegahan terhadap kerugian pada hak-hak anak. Karena bukan rahasia umum, jika anak berada di dalam lembaga pemasyarakatan maka ini juga berarti hak-haknya sebagai anak akan terampas pula. Berdasarkan hasil penelitian Laboratorium Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Surabaya pada beberapa waktu lalu, ditengarai bahwa anak-anak tersebut tidak mendapatkan makanan yang bergizi sesuai dengan kebutuhan di usia pertumbuhan anak. Argumentasi yang dikemukakan oleh petugas Lembaga Pemasyarakatan (selanjutnya disebut Lapas) adalah argumentasi klasik di mana anggaran yang ada tidak mencukupi mengingat jumlah anak yang ada melebihi kapasitas yang semestinya, sehingga dana yang ada sangat minim dan akibatnya anak-anak hanya mendapatkan makanan sekadarnya. Hal ini tentu melanggar salah satu hak anak, di mana anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh dan berkembang secara wajar. Ada pula hak lain yang sangat penting yang seringkali diabaikan di dalam lembaga pemasyarakatan yaitu hak untuk memperoleh pendidikan. Pasal 9 UU Perlindungan Anak menyatakan bahwa: setiap anak berhak memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya. Namun di dalam hasil penelitian tersebut juga ditemukan beberapa anak yang tidak bersekolah. Hal ini disebabkan beberapa hal antara lain: tidak adanya kewajiban bagi anak untuk bersekolah karena mereka boleh memilih antara bersekolah atau melakukan aktivitas yang lain; kemudian Lapas dalam hal ini juga tidak memiliki guru untuk kelas tertentu sehingga kelas tersebut ditutup. Sekali lagi, alasan yang dikemukakan karena anggaran yang ada juga tidak mencukupi andaikan mereka harus menyewa tenaga guru dari luar. Begitu kompleksnya

permasalahan yang ada sehingga hal ini tentu berimbang pada kualitas pembinaan terhadap para napi anak yang ada di sana. Menilik kendala-kendala tersebut, maka yang menjadi pertanyaan adalah apakah lembaga pemasyarakatan yang ada adalah tempat yang baik bagi anak yang berkonflik dengan hukum untuk mendapatkan proses pendidikan dan pembinaan demi mendapatkan masa depan yang lebih baik? Di samping itu, dalam *The Beijing Rules* juga ditegaskan bahwa anak selama dalam proses peradilan, hak-haknya tetap harus dilindungi, seperti misalnya asas praduga tak bersalah, hak untuk memahami tuduhan, hak untuk diam, hak untuk menghadirkan orang tua atau wali, hak untuk bertemu berhadapan dan menguji silang kesaksian atas dirinya dan hak untuk banding. Selama dalam proses, privacy anak harus dilindungi, mengingat bahwa anak sangat rawan terhadap stigmatisasi. Pemaparan identitas anak selama dalam proses oleh media massa harus dihindarkan. Namun, seringkali wajah dan identitas anak muncul di media massa ataupun media televisi, padahal proses persidangan belum juga usai. Ini tentu membawa dampak psikis yang berat bagi anak maupun keluarganya. Pemerintah harus segera mencari solusi bagaimana caranya agar selama proses peradilan, anak terhindar dari stigmatisasi. Bagian dari yang tidak kalah penting dalam *The Beijing Rules* ini adalah pada tahapan ajudikasi dan disposisi. Pada tahapan ini, karakteristik yang berorientasi pada perlindungan hak anak menyangkut penentuan secara tegas pihak-pihak yang berwenang dalam proses ini, misalnya kehadiran orang tua, wali atau penasihat hukum. Di dalam proses ajudikasi dan disposisi ini dalam rangka pemberian pertimbangan yang sebaik-baiknya, laporan penyelidikan sosial anak (atau yang dikenal di dalam Pasal 34 ayat (1) UU Peradilan Anak sebagai laporan hasil penelitian kemasyarakatan), prinsip dan pedoman penyelesaian perkara dan penempatan anak menjadi syarat penting untuk diperhatikan. Salah satu kelemahan di dalam proses peradilan pada kasus anak adalah seringkali tidak disertakkannya laporan hasil penelitian kemasyarakatan yang berisi identitas, latar belakang serta penyebab atau faktor yang menjadi latar belakang anak melakukan suatu tindak pidana. Hal ini tentunya sangat berpengaruh terhadap putusan hakim, karena tidak adanya laporan yang didasari oleh fakta hal-hal yang mendorong anak melakukan tindak pidana tersebut untuk menjadi pertimbangan hakim di dalam mengambil suatu keputusan. Salah satu asas penting yang harus diingat dalam kaitan ini ialah penempatan anak di dalam lembaga koreksi (penjara) hendaknya ditempatkan sebagai usaha terakhir, itupun hanya untuk jangka pendek. Sedangkan penahanan anak semata-mata karena alasan penundaan sidang dihindarkan. Praktik di lapangan serta kasus-kasus yang terjadi di depan mata sama sekali tidak memperhatikan asas tersebut, dan cenderung mengabaikan. Apakah karena tidak adanya aturan yang jelas ataukah nasib serta masa depan

anak-anak yang berkonflik dengan hukum tersebut bukan hal yang penting bagi aparat penegak hukum?

Pembinaan anak di luar lembaga juga menjadi salah satu pilihan disamping pembinaan di dalam lembaga yang diatur di dalam *The Beijing Rules*. Pembinaan anak di luar lembaga dalam pelaksanaannya perlu dipersiapkan secara matang dengan cara melibatkan suatu lembaga yang independen, misalnya *Parole*, *Probation*, Lembaga-lembaga Kesejahteraan Anak dengan petugas yang berkualitas, ditunjang dengan fasilitas yang memadai dalam kerangka rehabilitasi anak. Saat ini, Indonesia belum memiliki lembaga tersebut, mengingat anak-anak yang diserahkan pada negara pun ditempatkan pula di dalam lembaga pemasyarakatan untuk dilakukan pembinaan.

United Nations Rules for the Protection of Juvenile Deprived of Their Liberty menegaskan bahwa resolusi ini merupakan pemantapan standard minimum bagi perlindungan anak dari semua bentuk perampasan kemerdekaan, yang dilandaskan pada hak-hak asasi manusia, dan menghindarkan anak dari efek sampingan semua bentuk penahanan semi tercapainya pengintegrasian anak ke dalam masyarakat. Resolusi ini harus diterapkan secara utuh tanpa adanya diskriminasi dan tetap menghormati hak-hak yang dimiliki oleh anak. Dalam Resolusi ini kembali ditekankan, meski sebenarnya telah tertuang di dalam *The Beijing Rules*, bahwa perampasan kemerdekaan atas diri anak hanya mungkin sebagai usaha terakhir, itupun hanya dalam jangka waktu minimal dan untuk kasus-kasus tertentu saja. Di samping itu, dalam resolusi ini juga diatur bahwa perampasan kemerdekaan anak harus dilandaskan pada pertimbangan yang masak setelah memperhatikan status, umur, personalitas, jenis kelamin, tipe pelanggaran dan kondisi fisik serta kejiwaan anak. Penempatan anak dalam tahanan harus dipisahkan dengan orang dewasa. Seringkali untuk efisiensi pemeriksaan dalam sidang, tahanan anak dititipkan pada lembaga pemasyarakatan yang kebetulan tidak memiliki tempat khusus untuk anak, sehingga tahanan anak kemudian bercampur dengan tahanan orang dewasa, dan ini sangat berbahaya mengingat ketidakmampuan mereka menghadapi permintaan dan tekanan dari para tahanan dewasa.

Beberapa istilah yang dipakai dan sering dipergunakan untuk menyebut pelaku anak adalah kenakalan anak atau anak nakal, kejahatan anak, anak yang berhadapan dengan hukum atau anak yang berkonflik dengan hukum. Sesuai dengan terminologi yang dipakai di dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Pengadilan Anak (selanjutnya disebut UU Pengadilan Anak), maka yang dimaksud anak nakal adalah mereka yang telah mencapai umur 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin. Namun batasan usia minimum anak nakal ini telah mengalami perubahan

dengan adanya Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1 Tahun 2010, dimana usia anak yang dapat diajukan dalam proses peradilan pidana adalah dengan batas minimal usia 12 (dua belas tahun).

Adapun kalimat “belum pernah kawin” dalam perumusan Pasal 1 angka 1 UU Perlindungan Anak ini sebenarnya tidak memberikan perlindungan yang menyeluruh terhadap anak. Beranjak dari kenyataan bahwa di beberapa daerah di Indonesia memiliki suatu adat kebiasaan atau tradisi untuk mengawinkan anak-anak mereka di usia yang masih sangat muda (di bawah delapan belas tahun) bahkan masih usia sekolah. Jika mereka telah kawin dan kemudian bercerai, maka status mereka sesuai ketentuan UU sudah tidak dapat dikategorikan sebagai anak. Andaikan mereka terlibat kasus pidana, maka UU Perlindungan Anak tidak dapat diberlakukan pada mereka meskipun dari segi usia mereka masih anak dan membutuhkan perlindungan hukum.

Kriteria tentang anak nakal sesuai dengan Pasal 1 angka 2 UU Perlindungan Anak adalah anak yang melakukan tindak pidana atau anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak baik menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Pasal inipun mengandung adanya ketidakpastian hukum jika peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan ini tidak memberikan perlindungan secara khusus terhadap anak. Yang dikhawatirkan adalah masyarakat setempat seakan-akan diberikan kebebasan untuk memberikan sanksi pada anak jika mereka melanggar ketentuan tersebut.

Istilah lain yang sering dipergunakan adalah ‘anak yang berhadapan dengan hukum’. Istilah ini dapat ditemukan di dalam ketentuan UU Perlindungan Anak, namun di dalam pasal 64 ada perbedaan yang cukup penting untuk diperhatikan. Pasal 64 ayat (1) menyatakan bahwa Perlindungan khusus bagi anak yang berhadapan dengan hukum sebagaimana dimaksud dalam pasal 59 meliputi anak yang berkonflik dengan hukum dan anak korban tindak pidana. Dengan kata lain, terminologi yang tepat bagi pelaku anak adalah anak yang berkonflik dengan hukum, sedangkan anak yang berhadapan dengan hukum meliputi anak sebagai korban dan sebagai pelaku.

Gejala merebaknya perilaku delikuensi anak di Indonesia akhir-akhir ini tampaknya belum memperoleh penanganan yang memadai dalam arti sesuai dengan standard instrumen internasional. Indonesia secara eksplisit maupun implisit belum mengatur tentang diversi sebagai bagian dari perlindungan terhadap anak, khususnya anak yang berkonflik dengan hukum. Sesungguhnya, Pasal 1 angka 15 Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 telah mengatur suatu bentuk perlindungan khusus, dimana dinyatakan bahwa: “Perlindungan khusus adalah

perlindungan yang diberikan kepada anak dalam situasi darurat, anak yang berhadapan dengan hukum, anak dari kelompok minoritas dan terisolasi, anak yang dieksplorasi secara ekonomi dan/atau seksual, anak yang diperdagangkan, anak yang menjadi korban penyalahgunaan narkotika, alkohol, psikotropika, dan zat adiktif lainnya (napza), anak korban penculikan, penjualan, perdagangan, anak korban kekerasan baik fisik dan/atau mental, anak yang menyandang cacat, dan anak korban perlakuan salah dan penelantaran. Namun ada begitu banyak kelemahan di dalam implementasinya, seakan-akan undang-undang ini dibuat hanya untuk memperlihatkan pada masyarakat Internasional bahwa Indonesia telah meratifikasi konvensi dan instrumen internasional yang berkait dengan perlindungan anak. Dalam hal ini, ketentuan Undang-Undang Perlindungan Anak yang merumuskan tentang perlindungan khusus bagi anak yang berhadapan dengan hukum tidak memberikan suatu bentuk atau format perlindungan khusus seperti apa yang diberikan oleh negara, kecuali dalam penjelasannya disebutkan kegiatan yang bersifat langsung dan tidak langsung, dari tindakan yang membahayakan anak secara fisik dan psikis. Dengan demikian, apakah dapat disimpulkan bahwa anak yang berkonflik dengan hukum belum mendapatkan perlindungan yang menyeluruh dan optimal, sedangkan mereka ini adalah tunas-tunas muda bangsa Indonesia.

3. Sanksi pidana perampasan kemerdekaan bagi anak

Penyimpangan tingkah laku atau perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh anak disebabkan karena berbagai faktor, antara lain adanya dampak negatif dari perkembangan pembangunan yang cepat, arus globalisasi di bidang komunikasi dan informasi, kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi serta perubahan gaya dan cara hidup sebagian besar masyarakat perkotaan, telah membawa perubahan sosial yang mendasar dan sangat berpengaruh terhadap nilai dan perilaku anak. Di samping itu, terdapat pula anak yang karena satu dan lain hal tidak mempunyai kesempatan memperoleh perhatian baik secara fisik, mental maupun sosial. Keadaan diri yang tidak memadai tersebut, baik langsung maupun tidak langsung sering menjadi faktor penyebab anak melakukan tindakan perilaku yang dapat merugikan dirinya sendiri dan masyarakat. Jiwa anak pada umumnya masih labil, belum mampu membedakan mana yang baik dan mana yang jelek, mana yang diperbolehkan dan mana yang dilarang oleh undang-undang.

Permasalahan tentang anak yang berkonflik dengan hukum (selanjutnya disebut ABH) atau dikenal dalam Bahasa Inggeris dengan *children in conflict with the law* atau dikenal pula dengan sebutan pelaku anak, merupakan permasalahan yang sangat krusial untuk dibahas,

dan menjadi sangat penting untuk diteliti dan dikaji secara khusus. Di dalam perkembangannya, jumlah anak yang melakukan tindak pidana mengalami peningkatan jumlah yang cukup signifikan. Lebih dari 4.000 anak Indonesia diajukan ke pengadilan setiap tahunnya atas kejahatan ringan, seperti pencurian. Pada umumnya mereka tidak mendapatkan dukungan, baik dari keluarga maupun dinas sosial. Dengan demikian, tidak mengejutkan jika sembilan dari sepuluh anak dijebloskan ke penjara atau rumah tahanan. Di lain pihak, timbul pula suatu permasalahan dimana selama proses peradilan berlangsung telah terjadi pelanggaran terhadap hak-hak dari anak yang berkonflik dengan hukum. Berdasarkan hasil survei Lembaga Advokasi Hak Anak (LAHA) pada tahun 2004 dari 41 formulir pendokumentasian anak yang berkonflik dengan hukum, bisa dilihat berbagai pelanggaran lainnya terhadap hak anak. Di tahap penyidikan oleh kepolisian, tidak satu responden yang didampingi oleh penasihat hukum. Ketika proses itu, 95 persen tidak didampingi oleh orang tua/wali. Saat akan ditahan, 60 persen orang tua/wali tidak mendapatkan surat tembusan. Pada saat pemeriksaan, hanya 50 persen responden yang menyatakan, diberitahukan hak-hak mereka. Adapun dalam proses penuntutan oleh kejaksaan, 90 persen responden tidak didampingi oleh penasihat hukum dan 68 persen tidak didampingi oleh orang tua/wali. Mengenai surat pemberitahuan penahanan oleh kejaksaan, 41 persen orang tua/wali/pengacara tahanan tidak mendapat surat tembusan.

Sepanjang tahun 2000 tercatat dalam statistik kriminal kepolisian terdapat lebih dari 11.344 anak yang disangka sebagai pelaku tindak pidana. Pada bulan Januari hingga Mei 2002 ditemukan 4.325 tahanan anak di rumah tahanan dan lembaga pemasyarakatan di seluruh Indonesia. Jumlah tersebut belum termasuk anak-anak yang ditahan di kantor polisi (polsek, polres, polda maupun mabes). Sementara itu merujuk data KPAI, setiap tahun 6000 anak di Indonesia berhadapan dengan hukum. Dari jumlah tersebut, 3800 anak kasusnya berakhir di Lapas Anak, sisanya ditahan di Lapas orang dewasa, ditahanan polisi dan tempat lain yang tidak layak bagi anak. Untuk tahun 2011, KPAI mencatat ada 7000 anak yang berhadapan dengan hukum. Berdasarkan angka tersebut sebanyak 85 persen terkait kasus pencurian ringan, seperti mencuri sandal, pot bunga atau kaos oblong. Dari 7000 anak tersebut, tercatat ada empat yang meninggal dalam Lapas dengan perincian dua meninggal di Sijunjung (Sumatra Barat), satu di Polresta Surabaya, Jawa Timur dan satu di Lapas Tulungagung, Jawa Timur.

Berdasarkan hasil temuan di atas, maka Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) mendesak dihapuskannya hukuman penjara bagi anak dalam Rancangan Undang-undang Peradilan Anak yang akan dibahas di DPR. Menurut Sekretaris KPAI, hukuman penjara bagi anak bisa menganggu perkembangan psikologi anak ketika dewasa karena

anak-anak telah mendapat label bekas pidana. Lagi pula dibanyak kasus, anak-anak yang di penjara itu justru memiliki keterampilan kriminal luar biasa setelah keluar penjara karena pergaulan dengan sesama tahanan maupun orang dewasa. Studi kriminologi menunjukkan bahwa lembaga pemasyarakatan adalah tempat orang justru mempelajari kejahatan adalah sebuah efek negatif dari prisonisasi. Penerapan pidana penjara bukanlah jalan keluar yang terbaik bagi anak-anak yang bermasalah dengan hukum karena pengaruhnya akan lebih buruk jika mereka dibina dalam lingkungan bermasalah. Pemerhati persoalan anak, Seto Mulyadi mengatakan, penjara hanya akan melahirkan dendam yang justru membuat anak bisa melakukan kejahatan yang lebih besar. Secara psikologis, penjara bukan untuk anak-anak. Masih menurut Seto, anak-anak yang berkonflik dengan hukum bisa ditampung di rumah perlindungan dengan memberdayakan Kementerian Sosial. Kesaksian anak-anak yang ditahan di Rutan Pondok Bambu, mereka mengeluh makanan yang tidak enak, air yang tidak bersih sehingga banyak yang terkena penyakit kulit, kamar yang berdesak-desakan karena dihuni oleh 17 sampai 23 anak di setiap selnya. Dan hanya sedikit yang melanjutkan sekolah.

Di Indonesia, kondisi penanganan anak yang melakukan tindak pidana amat memprihatinkan. Banyak anak yang berkonflik dengan hukum harus ditahan dalam suatu tempat, tidak sebanding dengan jumlah kapasitas Lembaga Pemasyarakatan Anak yang ada, sehingga tidak mengherankan apabila ada narapidana anak yang dititipkan pada Lembaga Pemasyarakatan dewasa. Hal ini tentunya tidak sesuai dengan norma hukum terkait dengan hak asasi manusia yang menghendaki adanya pemisahan antara narapidana laki-laki, narapidana perempuan dan narapidana anak. Tidak dipatuhi norma hukum ini dengan serius memiliki implikasi yang serius terhadap masa depan anak. Sebagian besar dari mereka akan semakin terjerumus ke dalam dunia kejahatan, oleh karena ada stigma yang terlanjur melekat sebagai mantan narapidana anak dan masyarakat memandang mereka sebagai sampah masyarakat yang tidak memiliki hak untuk mendapatkan kehidupan yang lebih baik.

Terlebih lagi di Indonesia jumlah dan kondisi penjara khusus anak belum memadai, bahkan seringkali anak-anak itu disatukan dengan narapidana dewasa. Hal ini tentu sangat memprihatinkan mengingat anak-anak tersebut adalah generasi penerus bangsa, tunas-tunas muda bangsa yang kelak diharapkan akan menjadi pemimpin negeri ini dan membawa Indonesia menjadi negara yang besar dan makmur.

Pihak yang berwenang khususnya pihak kepolisian sebagai aparat penegak hukum hendaknya bersikap bijak terhadap segala kasus yang dilaporkan oleh warga. Oleh sebab itu, perlindungan hukum terhadap

Restorative justice dalam wujud diversi, kasus anak yang berkonflik dengan hukum

anak-anak yang berkonflik dengan hukum seharusnya menjadi perhatian seluruh elemen bangsa untuk bahu membahu, bekerja sama dan bersinergi mengupayakan solusi atau jalan keluar untuk menghindarkan anak-anak tersebut dari pidana perampasan kemerdekaan.

4. Konsep “restorative justice” dalam penanganan anak yang berkonflik dengan hukum

Konsep Restorative Justice telah muncul lebih dari dua puluh tahun yang lalu sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana anak. Sebagaimana dikemukakan oleh John Braithwaite bahwa restorative justice sebuah arah baru antara “justice” dan “welfare model”, kemudian antara “retribution” dan “rehabilitatioin”.

Kelompok Kerja Peradilan Anak Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mendefinisikan *restorative justice* sebagai suatu proses semua pihak yang berhubungan dengan tindak pidana tertentu untuk duduk bersama dan memecahkan masalah serta memikirkan bagaimana mengatasi akibat pada masa yang akan datang. Proses ini pada dasarnya dilakukan melalui diskresi (kebijakan) dan diversi, yaitu pengalihan dari proses pengadilan pidana ke luar proses formal untuk diselesaikan secara musyawarah. Penyelesaian melalui musyawarah sebetulnya bukan hal baru bagi Indonesia, bahkan hukum adat di Indonesia tidak membedakan penyelesaian perkara pidana dan perdata, semua perkara dapat diselesaikan secara musyawarah dengan tujuan untuk mendapatkan keseimbangan atau pemulihkan keadaan.

Sebenarnya, Pemerintah telah membuat kesepakatan bersama dalam penanganan kasus-kasus anak yang berkonflik dengan hukum melalui Surat Keputusan Bersama antara Menteri Hukum dan HAM, Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Menteri Sosial, Jaksa Agung Republik Indonesia dan Kepolisian Republik Indonesia serta Mahkamah Agung tentang Penanganan Anak yang Berhadapan Dengan Hukum (selanjutnya disebut Penanganan ABH). Tujuan keputusan ini adalah terwujudnya persamaan persepsi dalam penanganan ABH yakni:

- a) Meningkatnya koordinasi dan kerjasama dalam upaya menjamin perlindungan khusus bagi anak yang berkonflik dengan hukum;
- b) Meningkatnya efektifitas penanganan anak yang berhadapan dengan hukum secara sistematis komprehensif, berkesinambungan dan terpadu.

Dasar filosofi dibuatnya Keputusan Bersama tanggal 22 Desember 2009 terkait Penanganan ABH ialah bahwa penanganan anak yang berhadapan dengan hukum oleh aparat penegak hukum belum menunjukkan kemajuan yang signifikan dalam perlindungannya sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Di samping meningkatkan

kerjasama yang terpadu antarpenegak hukum dalam pelaksanaan sistem peradilan pidana terpadu untuk pemenuhan kepentingan terbaik bagi anak secara khusus anak yang berhadapan dengan hukum. Pendekatan keadilan restoratif perlu dijadikan landasan pelaksanaan sistem peradilan pidana terpadu bagi anak yang berhadapan dengan hukum. Dalam Pasal 1 angka 5 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan Keadilan restoratif adalah suatu penyelesaian secara adil yang melibatkan pelaku, korban, keluarga mereka dan pihak lain yang terkait dalam suatu tindak pidana, secara bersama-sama mencari penyelesaian terhadap tindak pidana tersebut dan implikasinya, dengan menekankan pemulihan kembali kepada keadaan semula. Namun, di dalam Keputusan Bersama tersebut tidak ditemukan adanya perkecualian atau alternatif penyelesaian lain seperti program diversi melalui jalur non-litigasi atau nonpenal. Pada intinya, Keputusan Bersama tersebut hanya dimaksudkan untuk mewujudkan keterpaduan dalam upaya penyelesaian perkara penanganan anak yang berhadapan dengan hukum yang dilakukan secara terkoordinasi oleh aparat penegak hukum dan semua pihak terkait. Ini menunjukkan bahwa aparat penegak hukum masih mengalami kebingungan dengan konsep Keadilan Restoratif yang ingin diwujudkan.

Dengan menggunakan metode *restorative*, hasil yang diharapkan ialah berkurangnya jumlah anak-anak yang ditangkap, ditahan dan divonis penjara, menghapuskan stigma dan mengembalikan anak menjadi manusia normal sehingga diharapkan dapat berguna kelak di kemudian hari. Rancangan UU Peradilan Anak menganut paradigma *restorative justice*, dimana program-program diversi dapat menjadi bentuk keadilan restoratif, jika:

- a) Mendorong pelaku untuk bertanggung jawab atas perbuatannya;
- b) Memberikan kesempatan bagi pelaku untuk mengganti kesalahan yang dilakukannya dengan berbuat kebaikan bagi si korban;
- c) Memberikan kesempatan bagi si korban untuk ikut serta dalam proses;
- d) Memberikan kesempatan bagi pelaku untuk dapat mempertahankan hubungan keluarga;
- e) Memenuhi kebutuhan mereka yang dirugikan oleh tindak pidana;
- f) Memberikan kesempatan bagi rekonsiliasi dan penyembuhan dalam masyarakat yang dirugikan oleh tindak pidana.

Model *restorative justice* juga berlandaskan dengan *due process model* bekerjanya sistem peradilan pidana, yang sangat menghormati hak-hak hukum setiap tersangka seperti hak untuk diduga dan diperlakukan sebagai orang yang tidak bersalah jika pengadilan belum memvonisnya bersalah, hak untuk membela diri dan hak untuk mendapatkan hukuman yang proposisional dengan pelanggaran yang telah dilakukan. Dalam kasus pelaku pelanggaran hukum yang adalah anak, mereka berhak mendapatkan pendampingan dari pengacara selama menjalani proses peradilan. Disamping itu adanya kepentingan korban yang juga tidak boleh diabaikan, namun demikian tetap harus memperhatikan hak-

Restorative justice dalam wujud diversi, kasus anak yang berkonflik dengan hukum hak asasi anak sebagai tersangka. Oleh karena itu, anak-anak ini sebisa mungkin harus dijauhkan dari tindakan penghukuman sebagaimana yang biasa diterapkan kepada pelaku dewasa.

5. Restorative justice dalam wujud diversi

Diversi mulai dikenal sejak tahun 1985 dengan disepakatinya pertemuan di Beijing yang melahirkan *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)*. Salah satu standar dalam diversi mengacu pada Article 5 Beijing Rules yang menyatakan: "*The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence*". Article ini memberikan suatu himbauan seyogyanya sistem peradilan anak harus memperhatikan kebutuhan dan kepentingan anak serta memastikan bahwa setiap tindakan yang dilakukan terhadap pelaku anak bersifat proporsional. Beijing Rules juga memberikan suatu definisi tentang diversi yakni remaja atau anak yang menurut sistem hukum setiap negara, dapat diperlakukan atas suatu pelanggaran hukum dengan cara yang berbeda dari perlakuan terhadap orang dewasa. Pada intinya, Beijing Rules memberikan kewenangan kepada aparat penegak hukum untuk mengambil tindakan pengalihan pemeriksaan formal yang kemudian dikenal sebagai diversi.

Di samping itu, instrumen hukum yang paling sering dirujuk adalah Article 37 Convention on the Rights of the Child (CRC) yang menyatakan bahwa: "*No child shall be deprived of her or his liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time*". Pasal ini pada prinsipnya sangat tidak menyetujui adanya penangkapan, penahanan atau pidana penjara, di mana upaya tersebut dapat dilakukan hanya sebagai *primum remedium* atau upaya yang sangat terakhir. Sebaiknya anak dijauhkan dan dihindarkan dari adanya perampasan kemerdekaan yang seringkali juga merampas hak-haknya sebagai anak. Pasal lain yang menguatkan hal tersebut ialah Article 40 ayat 1 CRC yang pada intinya menyatakan agar anak yang bermasalah dengan hukum dihormati hak dan martabatnya dan agar perlakuan terhadap anak dilakukan dengan mengingat usia anak serta reintegrasi sosial anak. Selain Beijing Rules dan CRC, beberapa instrumen internasional yang juga menghindarkan anak dari pidana perampasan kemerdekaan adalah UN Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (dikenal dengan Tokyo Rules), The Beijing Rules, The Riyadh Guidelines, dan UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty. Semua instrumen tersebut memuat klausul tentang pentingnya menghindarkan anak-anak yang

berkonflik dengan hukum dari adanya pidana perampasan kemerdekaan sebagai bentuk perlindungan terhadap hak-hak anak.

Negara-negara yang telah melaksanakan Diversi

FIJI	<ul style="list-style-type: none"> Aturan hukum tentang diversi Digunakan rekonsiliasi dan sedang dikembangkan model musyawarah kelompok keluarga
FILIPINA	<ul style="list-style-type: none"> Konsiliasi dan mediasi sering digunakan UU Peradilan Anak tentang Restorative Justice (2003) termasuk mediasi, konsiliasi, dan musyawarah kelompok keluarga sebagai alternatif selain pengadilan Dalam UU tersebut juga disebutkan bahwa diversi dapat dilaksanakan pada tingkat desa, polisi, dan kejaksaan
PAPUA NEW GUINEA	UU Diversi berlaku 1991
REPUBLIK LAOS	<ul style="list-style-type: none"> Mediasi paling sering digunakan Re-edukasi ada dalam Hukum Adat
THAILAND	<ul style="list-style-type: none"> Konsiliasi dan mediasi sering digunakan Rencana penyusunan UU Peradilan Anak termasuk musyawarah kelompok keluarga
TIMOR TIMUR	<ul style="list-style-type: none"> Mediasi dalam Hukum Adat Gereja biasa terlibat dalam proses diversi

Saat ini, Kementerian Hukum dan HAM diketahui tengah menyusun Rancangan Undang-Undang yang merupakan revisi terhadap Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak. Direktur Jenderal Perlindungan Hak Asasi Manusia, Harkristuti Harkrisnowo, menilai ada banyak celah hukum dalam UU No. 3 Tahun 1997, antara lain tidak memberikan ruang terhadap kemungkinan diversi, dan sifat hukum-an perampasan sebagai *ultimum remedium* yang belum tercantum. Pada kenyataannya, jika anak-anak berada di dalam penjara, hak-hak mereka yang dijamin oleh Undang-Undang Perlindungan Anak banyak yang tidak terpenuhi. Di samping adanya keterbatasan jumlah rumah tahanan dan Lembaga Pemasyarakatan, sehingga anak-anak sering digabung dengan tahanan atau narapidana dewasa. Masih menurut Harkristuti, Rancangan Undang-Undang tentang Sistem Peradilan Pidana Anak akan memuat

klausula yang mendorong anak-anak tidak perlu menjalani proses pidana. Melalui model diversi ini, aparat penegak hukum untuk semua tingkatan proses wajib mengedepankan penyelesaian di luar peradilan pidana. Akan tetapi, diversi juga dapat dilakukan oleh masyarakat dengan cara mendamaikan kedua belah pihak yakni korban dan pelaku. Namun, diversi hanya dapat dilakukan dengan izin korban dan keluarga korban, serta kesediaan dari pelaku dan keluarganya. Semangat RUU ini adalah menempatkan sanksi pidana sebagai *ultimum remedium* atau *the last resort*, di mana perdamaian di tingkat kepolisian harus diutamakan, bahkan mediasi dimungkinkan jika perkara tersebut sudah masuk di pengadilan. Ketua majelis hakim harus memfasilitasi jika diminta oleh pihak-pihak yang berperkara, dan jika disepakati untuk berdamai maka sidang langsung dihentikan.

Penyusunan Rancangan UU ini telah sesuai dan sejalan dengan tujuan dari diversi yang terdapat di dalam *The Beijing Rules* yakni:

- 1) Untuk menghindari penahanan;
- 2) Untuk menghindari cap / stigma sebagai penjahat;
- 3) Untuk meningkatkan keterampilan hidup bagi si pelaku anak;
- 4) Agar pelaku bertanggung jawab atas perbuatannya;
- 5) Untuk mencegah pengulangan tindak pidana;
- 6) Untuk memajukan intervensi-intervensi yang diperlukan bagi korban dan pelaku tanpa harus melalui proses formal;
- 7) Program diversi juga akan menghindarkan anak mengikuti proses sistem peradilan.

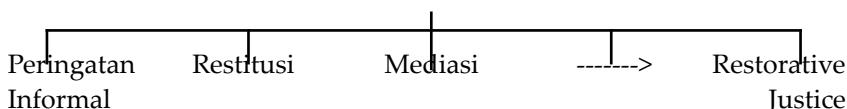
Munculnya ide diversi bermula pada suatu pemikiran tentang pemberian kewenangan kepada aparat penegak hukum untuk mengambil tindakan-tindakan kebijakan dalam menangani atau menyelesaikan masalah pelanggaran anak dengan tidak mengambil jalan formal antara lain menghentikan atau tidak meneruskan / melepaskan dari proses peradilan pidana atau mengembalikan / menyerahkan kepada orang tua, masyarakat dan bentuk-bentuk kegiatan pelayanan sosial lainnya. Melalui diversi, maka **tidak** setiap perkara pidana yang pelakunya adalah anak secara otomatis langsung masuk dalam sistem peradilan pidana. Harus diupayakan suatu penyelesaian konflik melalui forum yang disebut sebagai mediasi penal. Mediasi penal sendiri merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (dikenal dengan istilah ADR atau *Alternative Dispute Resolution*).

Adapun pengertian Diversi adalah pengalihan penanganan kasus-kasus anak yang diduga telah melakukan tindak pidana dari proses formal dengan atau tanpa syarat. Prinsip yang terdapat dalam pelaksanaan program diversi adalah proses pemidanaan tidak akan diteruskan bagi seorang anak jika ada alternatif penyelesaian lain untuk perkaranya,

kecuali menyangkut kepentingan umum. Di samping itu prinsip yang lain dalam program diversi ini ialah hanya digunakan terhadap anak yang mengakui bahwa ia telah melakukan suatu kesalahan, dan tidak boleh ada pemaksaan, di samping itu pemeriksaan tidak dapat menjadi bagian dari diversi, karena struktur dan mekanisme diversi tidak mengijinkan pencabutan kebebasan dalam segala bentuk. Penerapan diversi dapat dilakukan dalam semua tingkatan pemeriksaan yaitu dari penyidikan, penuntutan, pemeriksaan disidang pengadilan sampai pada tahap pelaksanaan putusan. Penerapan ini dimaksudkan untuk mengurangi dampak negatif keterlibatan anak dalam proses peradilan tersebut.

Di bawah ini adalah skema diversi:

DIVERSI



Program diversi memberi keuntungan pada masyarakat dalam penanganan awal cepat terhadap perilaku menyimpang seorang anak. Penanganan awal ini juga menghemat biaya yang selama ini merupakan beban yang dikeluarkan oleh kepolisian setempat. Manfaat pelaksanaan program diversi adalah:

1. Membantu anak-anak belajar dari kesalahannya melalui intervensi sesegera mungkin;
2. Memperbaiki kerugian baik fisik, psikis maupun materi karena kejadian tersebut, baik kepada korban maupun keluarganya dan masyarakat ;
3. Kerjasama dengan pihak orang tua ataupun wali;
4. Melengkapi dan membangkitkan anak untuk belajar membuat keputusan yang bertanggung jawab;
5. Diupayakan untuk dapat memberikan restitusi pada korban;
6. Membuat anak bertanggung jawab atas perbuatannya dan memberikan kesempatan untuk mempelajari akibat dan dampak yang ditimbulkan akibat perbuatannya;
7. Memberikan pilihan bagi pelaku untuk tidak mendapatkan stigma dari masyarakat;
8. Mengurangi beban anggaran dalam proses pengadilan dan lembaga pemasarakatan;
9. Pencegahan terhadap terjadinya residivis anak.

Oleh karena itu, diversi khususnya melalui konsep *Restorative Justice*

menjadi suatu pertimbangan yang sangat penting dalam menyelesaikan perkara pidana yang dilakukan oleh anak. Berdasarkan Pasal 40 Konvensi Hak Anak, negara diwajibkan untuk mengkaji dan menetapkan undang-undang yang dapat diterapkan secara khusus terhadap anak-anak yang disangka, dituduh, atau diakui telah melanggar ketentuan-ketentuan hukum pidana, agar menyediakan langkah-langkah penanganan tanpa melalui pengenaan tindakan hukum.

Beberapa faktor yang dapat menjadi bahan pertimbangan dalam pelaksanaan diversi adalah:

1. Sifat dan kondisi perbuatan
2. Pelanggaran yang sebelumnya dilakukan
3. Derajat keterlibatan anak dalam kasus
4. Sikap anak terhadap perbuatan tersebut
5. Reaksi orangtua dan/atau keluarga anak terhadap perbuatan tersebut
6. Dampak perbuatan terhadap korban
7. Pandangan hakim tentang latar belakang dan penyebab perbuatan tersebut

Meski demikian, penerapan diversi ini pun mengandung kelemahan dan kelebihan. Sebuah studi yang pernah dilakukan oleh Fakultas Hukum di Purwokerto dalam mengamati program diversi ini pernah dilakukan di wilayah Banyumas, Purbalingga, Banjarnegara, Kebumen dan Cilacap menunjukkan tidak semua keluarga korban dapat dan mau menerima cara penyelesaian diversi. Alasan yang dikemukakan adalah keinginan untuk tetap memenjarakan si pelaku agar kapok dan jera jika dimasukkan dalam penjara. Paradigma memenjarakan adalah membuat jera ini jelas masih berakar kuat di dalam budaya berpikir orang Indonesia yang masih menganut paham *retributif* (pembalasan). Namun jelas bahwa konsep pembalasan ini adalah sebuah konsep yang sama sekali tidak memiliki unsur mendidik sehingga anak-anak tersebut cenderung untuk melakukan kesalahan yang sama bahkan pelanggaran yang lebih serius. Seharusnya dengan penerapan pidana yang memiliki unsur mendidik, diharapkan anak-anak tersebut dapat meraih cita-cita dan masa depannya melalui proses pembinaan di Lapas. Jika RUU tersebut telah disahkan, maka setiap hakim atau aparat penegak hukum lain tidak lagi selalu bersembunyi dan beralasan tidak ada payung hukum untuk dapat melaksanakan *restorative justice* dalam wujud diversi. Melalui konsep restorative justice, setiap tujuan pemidanaan terhadap anak akan lebih mengedepankan pemulihan kerugian yang dialami oleh korban maupun pelaku dibandingkan menjatuhkan pidana bagi pelaku anak.

DAFTAR PUSTAKA

Arief Gosita. 1985. *Masalah Perlindungan Anak*. Akademika Pressindo, Jakarta.

Irma Setyowati. 1990. *Aspek Hukum Perlindungan Anak*. Bumi Aksara, Jakarta.

John Braithwaite. 2002. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. University Press, Oxford.

Made Sadhi Astuti. 2003. *Hukum Pidana Anak dan Perlindungan Anak*. UM Press, Malang.

Maidin Gultom. 2008. Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia. Refika Aditama, Bandung.

Mohammad Joni dan Zulchaina Z.Tanamas. 1999. *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*. Aditya Bakti, Bandung.

Paulus Hadisuprapto. 1997. *Juvenile Delinquency (Pemahaman dan Penanggulangannya)*. Citra Aditya Bakti, Bandung.

-----, 2003. *Reintegrative Shaming Sebagai Tindakan Non Penal Dalam Penanggulangan Juvenile Delinquency*. Disertasi. Universitas Diponegoro, Semarang.

-----, 2008. *Restorative Juvenile justice: Prospect of Indonesia Youth Criminal Law*. Presented in the Seminar on Law Faculty, San Carlos University Cebu, Philipina.

Lembaga Advokasi Pemberdayaan Pekerja dan Anak. 2001. *Kumpulan Peraturan: Anak yang Berkonflik Dengan Hukum*. LAPA dan Plan International, Jakarta.

Lode Walgrave. 2003. *Repositioning Restorative justice*. Willan Publishing, United Kingdom.

Sari Mandiana, dkk. 2003. *Implementasi Hak Anak Dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak di Blitar Jawa Timur*. Penelitian Laboratorium Hukum Pidana. Fakultas Hukum Universitas Surabaya.

Setya Wahyudi. 2007. *Pengembangan Diversi Dalam Sistem Peradilan Anak Sebagai Perlindungan dan Upaya Menghindari Pengaruh Buruk Proses Peradilan Terhadap Anak*. Penelitian Hibah Bersaing Perguruan Tinggi XV. Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto.

UNICEF, 2004. *Perlindungan Terhadap Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum*. Manual Pelatihan Untuk Polisi.

KONSTRUKSI POLITIK HUKUM MEDIASI PENAL SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN PERKARA PIDANA

Umi Rozah

1. Pendahuluan

Salah satu fungsi hukum adalah sebagai sarana Integrasi sosial, yang berupa penyelesaian konflik-konflik kepentingan dalam hubungan sosial dalam kehidupan masyarakat. Keberadaan hukum sebagai integrasi sosial diwujudkan dengan lembaga pengadilan yang berfungsi mengintegrasikan dan menyelesaikan konflik tersebut, sehingga kehidupan sosial kemasyarakatan kembali nyaman dan tenteram. Konflik dalam masyarakat dapat berupa perbuatan atau tindak pidana, yang berupa perbuatan pelaku tindak pidana yang melanggar hak-hak atau kepentingan-kepentingan hukum atau benda-benda hukum korban. Di sini fungsi hukum pidana melalui peradilan pidana, memainkan peranannya sebagai hukum yang melindungi benda-benda dan kepentingan-kepentingan hukum terhadap perbuatan yang memperkosanya.

Bekerjanya lembaga peradilan dalam proses peradilan pidana berlandaskan pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang KUHAP. Proses peradilan pidana berdasarkan KUHAP sangat berfokus pada pelaku tindak pidana, baik mengenai kedudukannya sejak tersangka sampai menjadi terpidana maupun hak-haknya sebagai tersangka atau pun terdakwa sangat dilindungi oleh KUHAP, sehingga dapat dikatakan bahwa proses peradilan pidana sesuai KUHAP adalah *Offender minded/ Offender Oriented Criminal Justice Process*. Oleh karena sangat berfokus pada kepentingan pelaku tindak pidana maka kepentingan korban (*victim's interests*) tidak mendapat tempat di dalam KUHAP. KUHP sebenarnya telah mengatur kepentingan korban untuk memperoleh ganti kerugian kepada pelaku melalui keputusan hakim yang berupa pidana bersyarat, di mana mengganti kerugian kepada korban dijadikan sebagai syarat khususnya. Namun demikian karena hanya sebagai syarat khusus dari pidana bersyarat maka seringkali tidak diterapkan oleh hakim dalam menjatuhkan pidana bersyarat, sehingga tidak efektif pelaksanaannya.

Dewasa ini perkembangan internasional dalam konsep peradilan pidana dan prosedur penanganan kasus pidana di beberapa negara telah dikenal adanya mediasi penal (*penal mediation, mediation penale, mediation in criminal matters, Victim – Offender Mediation*) yang merupakan bagian dari sistem peradilan pidana. Mediasi yang sebelumnya hanya dikenal dalam hukum perdata, telah sering digunakan di beberapa negara untuk menyelesaikan perkara-perkara pidana. Mediasi penal merupakan bentuk perwujudan dari konsep *restorative justice*, yang hendak memulihkan hak-hak korban. Dalam mediasi penal penyelesaian kasus pidana dilakukan tanpa melalui proses peradilan pidana formal/tradisional, karena itu dikenal sebagai *Penal Mediation* atau *Victim – Offender Mediation* (VOM), *Offender-victim Arrangement* (OVA), atau *Mediation in Criminal Matters*, atau dalam bahasa Jerman *Der Außergerichtliche Tatausgleich*" (disingkat ATA^{1**}) dan dalam istilah Prancis disebut "*de mediation pénale*". *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA).

Dalam penanganan kasus pidana, sekilas mediasi penal hampir sama dengan yang kita kenal diskresi (*discretion*) yang dimiliki oleh lembaga sistem peradilan pidana kita, seperti kepolisian dan kejaksaan untuk menyaring kasus-kasus yang masuk untuk tidak meneruskan sebagian kasus tertentu melalui proses peradilan pidana. Namun demikian terdapat esensi yang berbeda dengan sistem diskresi tersebut. Mediasi penal lebih mengedepankan kepentingan pelaku tindak pidana dan sekaligus kepentingan korban, sehingga tercapai *win win solution* yang menguntungkan pelaku tindak pidana dan korbannya. Dalam mediasi penal korban dipertemukan secara langsung dengan pelaku tindak pidana dan dapat mengemukakan tuntutannya sehingga dihasilkan perdamaian para pihak. Melalui mediasi penal proses penanganan perkara dilakukan dengan transparan sehingga dapat mengurangi permainan kotor yang seringkali terjadi dalam proses peradilan pidana tradisional.

Mediasi penal telah dilakukan negara-negara oleh antara lain Amerika, Kanada, San Fransisco, Italia, Belgia, Austria, Prancis, dan Jerman. Jika digali beberapa daerah di Indonesia di mana peradilan adat masih dipertahankan keberadaannya seperti di Papua, Bali, dan Aceh melalui peradilan pidana adat praktik mediasi penal diterapkan dalam menyelesaikan perkara pidana. Namun demikian sebagai sebuah lembaga penyelesaian perkara pidana, mediasi penal belum populer dilakukan dalam menyelesaikan perkara pidana sebagai bagian dari proses peradilan pidana di Indonesia. Sementara itu dengan masih digunakannya peradilan pidana tradisional, proses peradilan dilakukan dalam proses yang panjang, melalui tahapan-tahapan pemeriksaan dari

1 Di Austria terdiri dari ATA-J (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Jugendliche*) untuk anak, dan ATA-E (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Erwachsene*) untuk orang dewasa.

Konstruksi politik hukum mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana pemeriksaan di tingkat kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Dengan tahap-tahap pemeriksaan tersebut, maka diperlukan waktu yang panjang, biaya dan tenaga yang besar untuk satu kasus/perkara pidana. Keadaan seperti ini menyebabkan timbulnya beban penumpukan perkara pidana bagi lembaga pengadilan.

Mengingat banyaknya keuntungan yang ada pada mediasi penal, sebagaimana telah dipraktikan di beberapa negara, maka diperlukan upaya berupa kajian untuk menerapkan mediasi penal dalam proses peradilan pidana Indonesia sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia.

2. Konsep mediasi penal sebagai alternatif dalam penyelesaian perkara pidana

Mediasi penal merupakan salah satu bentuk dari pelaksanaan *restorative justice*, yaitu konsep yang memandang kejahatan secara lebih luas. Konsep ini memandang bahwa kejahatan atau tindak pidana bukanlah hanya sekadar urusan pelaku tindak pidana dengan negara yang mewakili korban, dan meninggalkan proses penyelesaiannya hanya kepada pelaku dan negara (Jaksa penuntut umum). *Restorative justice* menuntut proses peradilan pidana untuk memberikan pemenuhan kepentingan-kepentingan korban sebagai pihak yang dirugikan akibat perbuatan pelaku. Sehingga diperlukan pergeseran paradigma dalam pemidanaan untuk menempatkan mediasi penal sebagai bagian dari sistem peradilan pidana.

Mediasi penal menurut *European Forum For Victim Service* digambarkan sebagai *process which involves contact between the victim and the offender, either directly or through the mediator. The process of mediation is generally regarded as part of the broader issue of restorative justice.*²

Sementara itu Undang-Undang Acara pidana di Belgia **the Belgian Law of 22 June 2005** menggambarkan mediation in criminal matter “*as a process that allows people involved in a conflict to have voluntary, active participation in a fully confidential process for solving difficulties that arise from a criminal offence, with the help of a neutral third person and based on a certain methodology. The goal of mediation is to facilitate communication and to help parties to come to an agreement by themselves concerning pacification and restoration.*”

Kecenderungan dalam perkembangan hukum pidana dan pemidanaan serta pembaharuan peradilan pidana baik dalam teori maupun praktik, lebih dikembangkan bentuk rekonsiliasi atau mediasi dalam penyelesaian perkara pidana. Hal ini mengingat secara etik, tren ini

² *Statement On The Position Of The Victim Within The Process Of Mediation, the Executive Committee of the European Forum for Victim Services, November 2003*

bersandar pada asas pertanggungjawaban individu, dalam hukum pidana substantive, dengan mengacu pada pengambilan pertanggungjawaban pelaku terhadap sanksi pidananya, dalam hukum pelaksanaan sanksi. Metode alternatif resolusi kesepakatan ini juga memberikan lebih besar kepentingan korban dan membuat ruang bagi manajemen konflik rasional. Mengingat pandangan etik pula sebuah reaksi terhadap sebuah tindak pidana adalah sebuah kejadian tersendiri, tapi tidak diperlukan timbulnya kerugian atau luka baru terhadap pelaku tindak pidana.³

Ide yang mendasari mediasi penal adalah menyatukan pihak - pihak yang menginginkan untuk merekonstruksi model peradilan pidana yang sangat panjang dengan model resolusi, yang akan memperkuat posisi korban dan mencari alternatif pidana, serta mencari cara untuk mengurangi kerugian dan beban berat pada sistem peradilan pidana mengingat sistem ini lebih efektif dan efisien⁴.

Mediasi pidana yang dikembangkan itu bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut.⁵

a. Penanganan konflik (*Conflict Handling/Konfliktbearbeitung*):

Tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, bahwa kejadian telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

b. Berorientasi pada proses (*Process Orientation; Prozessorientierung*):

Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu : menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut sehingga mediasi penal dapat dikatakan menyelesaikan perkara secara menyeluruh.

c. Proses informal (*Informal Proceeding - Informalität*):

Mediasi penal merupakan suatu proses yang informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.

d. Ada partisipasi aktif dan otonomi para pihak (*Active and Autonomous Participation - Parteiautonomie/Subjektivierung*)

Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai objek dari prosedur hukum pidana, tetapi lebih sebagai subjek yang

3 Dieter Rössner, *Mediation as a Basic Element of CrimeControl: Theoretical and Empirical Comments*, www.buffalo.edu university journal.

4 Recommendation No. R (99) 19. (*the Committee of Ministers of the Council of Europe*) 15 September 1999.

5 Stefanie Tränkle, *The Tension between Judicial Control and Autonomy in Victim-Offender Mediation - a Microsociological Study of a Paradoxical Procedure Based on Examples of the Mediation Process in Germany and France*, http://www.iuscrim.mpg.de/oresch/krim/traenkle_e.html.

mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri, dengan suka rela dalam menyelesaikan perkara pidananya.

Sementara itu *European Forum For Victim Service* memberikan *Guiding Principles* dalam mediasi sebagai berikut⁶ :

- Mediation requires the involvement of the victim and it is therefore important that their interests are considered fully;
- Mediation processes should only be used with free and informed consent of the parties and the parties should be able to withdraw consent at any time;
- Victim/ offender mediation in criminal cases is different from similar processes of mediation in other areas of life- the mediation process must include the offender accepting responsibility for his act and the acknowledgement of the adverse consequences of the crime for the victim;
- It is vital that the mediator and everyone involved in the mediation process has received appropriate training on the special issues concerning victims of crime which will be relevant to the mediation process.

Berdasarkan pengalaman dalam praktik mediasi penal yang dikembangkan di *North Carolina* yang pelaksanaannya didasarkan pada G.S. 7A-38.3D and the Supreme Court's *Rules Implementing Mediation in Matters Pending In District Criminal Court*, alasan-alasan dipilihnya mediasi karena beberapa keuntungan yang dinyatakan sebagai berikut⁷:

There are many reasons why you should consider mediation. Mediation is usually less stressful and time consuming than a trial. You will not have to take the stand and testify, nor will you have to bring witnesses. You don't even need a lawyer. Mediation offers you and the other party(ies) the opportunity to be in control of the outcome of your dispute. Some research indicates that people are more likely to follow through on agreements that they make as opposed to ones forced upon them by a court. If you are a defendant, a successful mediation may mean that you can avoid a criminal record and more expensive fines and costs. If you are a complaining witness, an opportunity to sit down with others involved in the dispute and work out your conflicts may provide more satisfaction than a judge's verdict. Sometimes mediation can help bring people together. If those involved in a dispute are relatives, neighbors, or were once friends, talking about and working through conflict can often be an important first step in repairing damaged relationships. People may be angry or hurt when they come to mediation and the mediator(s) will try to help everyone understand the differing perspectives of those involved in the conflict. When underlying causes of a conflict are brought to light, people often settle the case at hand and also learn how to avoid future conflicts.

6 Statement On The Position Of The Victim Within The Process Of Mediation, the Executive Committee of the European Forum for Victim Services, November 2003

7 Frequently Asked Questions about Criminal District Court Mediation, www.mnnc.org/pg1.cfm

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan keuntungan-keuntungan mediasi penal adalah sebagai berikut :

1. Keuntungan mediasi bagi korban, tekanan berkurang dibanding jika berperkara di pengadilan, tidak perlu membawa saksi, tidak perlu menyewa pengacara, dan mendapat kesempatan untuk mengontrol hasilnya.
2. Bagi pelaku tindak pidana dapat diuntungkan karena terhindar dari pemidanaan, catatan kejahatan, atau denda dan biaya-biaya perkara yang lebih besar.
3. Mediasi juga dapat mempererat atau mempersatukan kembali hubungan antartetangga, teman, dan saudara jika para pihak yang terlibat termasuk di dalamnya dengan kesepakatan damai dan pembayaran ganti kerugian, serta memberikan pelajaran bagi pelaku untuk menghindari konflik di masa mendatang.

Dalam *"Explanatory memorandum"* dari Rekomendasi Dewan Eropa No. R (99) 19 tentang *"Mediation in Penal Matters"*, dikemukakan beberapa model mediasi penal sebagai berikut.⁸

a. **Model "informal mediation"**

- ◆ Model ini dilaksanakan oleh personil peradilan pidana (*criminal justice personnel*) dalam tugas normalnya, yaitu dapat dilakukan oleh JPU (Jaksa Penuntut Umum) dengan mengundang para pihak untuk melakukan penyelesaian informal dengan tujuan tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan. Mediator dapat dilakukan oleh pekerja sosial atau pejabat pengawas (*probation officer*) atau pejabat polisi atau Hakim.
- ◆ Jenis intervensi informal ini sudah biasa dalam seluruh sistem hukum.

b. **Model "Traditional village or tribal moots"**

Menurut model ini seluruh masyarakat bertemu untuk memecahkan konflik pidana di antara warganya.

- ◆ Model ini ada di beberapa negara yang kurang maju dan di wilayah pedesaan/pedalaman.
- ◆ Model ini lebih memilih keuntungan bagi masyarakat luas.
- ◆ Model ini mendahului hukum barat dan telah memberi inspirasi bagi kebanyakan program-program mediasi modern. Program mediasi modern sering mencoba memperkenalkan berbagai keuntungan dari pertemuan suku (*tribal moots*) dalam bentuk yang disesuaikan dengan struktur masyarakat modern dan hak-hak individu yang diakui menurut hukum.

⁸ Barda Nawawi Arief, Makalah Aspek Kebijakan Mediasi Penal Dalam Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan, Materi Perkuliahan Program Doktoral.

c. Model "*victim-offender mediation*"

- ◆ Mediasi antara korban dan pelaku merupakan model yang paling sering ada dalam pikiran orang.
- ◆ Model ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator yang ditunjuk. Banyak variasi dari model ini. Mediatorya dapat berasal dari pejabat formal, mediator independen, atau kombinasi.
- ◆ Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap pemeriksaan di kepolisian, tahap penuntutan, tahap pemidanaan atau setelah pemidanaan.
- ◆ Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana, ada yang khusus untuk pelaku anak, ada yang untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutilan, perampukan dan tindak kekerasan). Ada yang terutama ditujukan pada pelaku anak, pelaku pemula, namun ada juga untuk delik-delik berat dan bahkan untuk residivis.

d. Model "*Reparation negotiation programmes*"

- ◆ Model ini semata-mata untuk menaksir/menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan.
- ◆ Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, tetapi hanya berkaitan dengan perencanaan perbaikan materiel.
- ◆ Dalam model ini pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/kompensasi.

e. Model "*Community panels or courts*"

Model ini merupakan program untuk membelokkan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi.

f. Model "*Family and community group conferences*"

- ◆ Model ini telah dikembangkan di Australia dan New Zealand, yang melibatkan partisipasi masyarakat dalam Sistem Peradilan Pidana . Tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, tetapi juga keluarga pelaku dan warga masyarakat lainnya, pejabat tertentu (seperti polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban.
- Pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan yang komprehensif dan memuaskan korban serta dapat

membantu untuk menjaga si pelaku keluar dari kesusahan/persoalan berikutnya.

3. Konsep restorative justice dan kedudukan korban dalam pelaksanaan mediasi penal

Dalam teori *restorative justice* keberadaan dan kedudukan korban diakui dan korban dilibatkan dalam proses yang akan memberikan hasil berupa pemulihan atau perbaikan atas kerugian yang dideritanya sebagai akibat perbuatan pelaku, biasanya proses ini dilakukan melalui mediasi penal.

Konsep restorative justice merupakan konsep yang memperbaiki peradilan pidana tradisional dengan keuntungan dan pergeseran konsep sebagai berikut⁹:

- ◆ *it views criminal acts more comprehensively: rather than defining crime only as lawbreaking, it recognizes that offenders harm victims, communities and even themselves.*
- ◆ *it involves more parties: rather than giving key roles only to government and the offender, it includes victims and communities as well.*
- ◆ *it measures success differently: rather than measuring how much punishment has been inflicted, it measures how much harm has been repaired or prevented.*
- ◆ *it recognizes the importance of community involvement and initiative in responding to and reducing crime, rather than leaving the problem of crime to the government alone.*

Restorative justice adalah konsep penyelesaian masalah-masalah kejahatan secara lebih menyeluruh, hal ini dapat dilihat dari program-program dalam proses penyelesaian perkara pidana berdasarkan konsep restorative justice yang berupa¹⁰:

- *victim-offender reconciliation/mediation programs use trained mediators to bring victims and their offenders together in order to discuss the crime, its aftermath, and the steps needed to make things right .*

(Program rekonsiliasi/mediasi Korban dan Pelaku dengan menggunakan mediator yang terlatih untuk bersama-sama korban dan pelaku melakukan diskusi tentang kejahatan yang menimpanya, dan kejadian setelahnya (akibat kejahatan) serta tahap-tahap yang diperlukan untuk memulihkan keadaan).

- *conferencing programs are similar to victim-offender reconciliation/mediation, but differ in that they involve not only the offender and victim, but also their family members and community representatives .*

(Program Konferensi adalah sama dengan rekonsiliasi/ mediasi

9 RJ.Library Online, Restorative Justice.

10 Loc. Cit.

antara korban – pelaku, tetapi bedanya yang terlibat di sini bukan hanya pelaku dan korban akan tetapi juga para anggota keluarga mereka dan perwakilan-perwakilan masyarakat).

- *victim-offender panels bring together groups of unrelated victims and offenders, linked by a common kind of crime but not by the particular crimes that have involved the others.*
(Panel Korban- Pelaku bersama-sama dengan kelompok yang tidak ada hubungan dengan korban dan pelaku, dihubungkan rasa yang sama terhadap kejahatan tetapi tidak pada kejahatan yang melibatkan mereka).
- *victim assistance programs provide services to crime victims as they recover from the crime and proceed through the criminal justice process .*
(Program bantuan korban menyediakan pelayanan kepada korban kejahatan sampai mereka pulih dari akibat kejahatan dan dihasilkan melalui proses peradilan pidana).
- *prisoner assistance programs provide services to offenders while they are in prison and on their release .*
(Program bantuan Terpidana menyediakan jasa layanan kepada para terpidana selama mereka di penjara dan pada saat pembebasan mereka.)
- *community crime prevention programs reduce crime by addressing its underlying causes .*
(Program pencegahan kerjahatan oleh Masyarakat mengurangi kejahatan dengan menitikberatkan pada penyebab-penyebabnya).

4. Praktik mediasi penal dalam penyelesaian perkara pidana di Indonesia saat ini

Praktik mediasi penal dalam menyelesaikan perkara pidana tertentu, baik yang dilakukan oleh sebagian anggota masyarakat dengan cara perdamaian antara pelaku dan korban yang diakhiri dengan pembayaran ganti kerugian kepada korban (*Penal mediation out of court*) maupun dalam penyelesaian perkara pidana pada tahap-tahap proses peradilan pidana yang kesepakatan dan pembayaran ganti kerugiannya dari pelaku kepada korban hanya dijadikan sebagai pertimbangan yang meringankan tuntutan pidana dan penjatuhan pidana (*Penal mediation within court*).

Pada tahap penyidikan, utamanya dalam perkara lalu lintas seperti dalam kecelakaan lalu lintas, apabila hanya menimbulkan kerugian yang kecil atau luka yang kecil biasanya diselesaikan dengan mediasi di antara pelaku dan korban, dan pihak kepolisian sebagai saksi atas kesepakatan yang dicapai, perkara tidak diteruskan atas dasar kesepakatan bersama antara pelaku dan korban. Namun demikian jika kecelakaan akibat ke-

lalaian tersebut menimbulkan kerugian yang besar seperti, nyawa maka mediasi tidak dapat dilakukan, adapun pembayaran ganti kerugian berupa biaya rumah sakit dan penguburan jenazah korban hanya sebagai salah satu pertimbangan yang nantinya digunakan oleh hakim dalam menjatuhkan putusan kepada terdakwa. Dengan demikian kesepakatan mengganti kerugian tidak menghapuskan tindak pidananya, karena pelaku tetap saja disidik dan diproses dalam sistem peradilan pidana.

Pada delik aduan yang proses penyidikannya didasarkan pada pengaduan korban, di sini dimungkinkan untuk adanya mediasi penal, baik sebelum dilakukannya pengaduan sehingga korban tidak jadi mengajukan pengaduan, maupun jika pengaduan telah dibuat oleh korban, akan tetapi korban masih mempunyai kesempatan untuk menarik pengaduannya. Di sini pun peran polisi bukan sebagai mediator, melainkan hanya sebagai saksi yang menyaksikan diselesaikannya perkara pidana tersebut melalui kesepakatan perdamaian.¹¹ Di samping delik aduan biasanya masyarakat menyelesaikan sendiri perkara pidana dengan mediasi yaitu dalam tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga (KDRT), sekali pun tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku bukan merupakan delik aduan, akan tetapi berdasarkan alasan untuk kepentingan semua pihak dan keutuhan rumah tangga maka penyelesaian secara mediasi seringkali menjadi pilihan.

Sementara itu pada tahap penuntutan, dimungkinkan dilakukannya mediasi penal sebelum dilakukannya penuntutan. Dalam mediasi ini pihak korban dapat meminta ganti kerugian kepada pelaku, namun demikian apabila terjadi kesepakatan dari pihak korban dan pelaku untuk mengganti kerugian, kesepakatannya tidak menghilangkan penuntutan, sehingga proses peradilan tetap berjalan sebagaimana mestinya, dan kesepakatan ganti kerugian hanya bersifat sebagai pertimbangan jaksa dalam mengadakan penuntutan, keputusan tetap di tangan hakim. Mediasi penal di sini hanya bersifat memperingat tuntutan, oleh karena belum ada undang-undang yang mengatur pelaksanaan mediasi beserta kekuatan hukum dari akte kesepakatan hasil mediasi penal. Jadi, pelaku tetap dipidana akan tetapi pidananya diperingat. Sementara itu dalam menangani kasus tindak pidana yang masuk ke dalam katagori ‘delik biasa’, seperti kasus-kasus yang mengandung unsur kelalaian seperti dalam Pasal 359 KUHP (karena kelalaiannya menyebabkan matinya orang lain), serta dalam tindak pidana terhadap harta benda seperti Pasal 372 KUHP tentang penggelapan dan Pasal 378 tentang penipuan yang biasanya antara korban dan pelaku sudah saling mengenal, maka dapat dilakukan mediasi penal di mana korban dapat meminta ganti kerugian kepada pelaku dengan sebuah akta kesepakatan bahwa telah dilakukan

11 Kompol Suharyanto, Bagian Reserse Polda Jawa Tengah

pembayaran ganti kerugian kepada korban. Namun demikian meskipun telah dilakukan kesepakatan mengganti kerugian kepada korban, proses penuntutan terhadap pelaku tindak pidana tetap dilakukan, dengan alasan kejaksaan bekerja berdasarkan aturan normatifnya, selama belum ada aturan yang mengatur kedudukan mediasi penal dalam penuntutan berarti kasus tetap diproses, namun karena telah dilakukan pembayaran ganti kerugian, alasan tersebut hanya menjadi salah satu alasan pertimbangan Jaksa Penuntut untuk memperingan maksimum tuntutannya.¹²

Pengalaman praktik mediasi penal oleh hakim tidak pernah dilakukan, oleh karena tidak ada peraturan normatif yang mengaturnya, biasanya hal-hal yang menyangkut kesepakatan para pelaku dan korban ada pada tingkat penyidikan dan penuntutan, hakim hanya memberikan keputusan dengan mempertimbangkan hal-hal yang dikemukakan dalam surat dakwaan yang salah satunya kesepakatan yang dicapai melalui mediasi sebelum perkara dilimpahkan ke pengadilan.

Mediasi penal sebenarnya telah dikenal dalam penyelesaian delik-delik adat di beberapa daerah adat di Indonesia. RUU KUHP mengakomodasi berlakunya hukum yang hidup dengan menuangkannya di dalam Pasal 1 ayat 3. Dalam hukum pidana adat penyelesaian konflik pidana didasarkan pada kearifan lokal, yang bersifat kekeluargaan, oleh karena tindak pidana tidak dipandang sebagai urusan individu dengan individu, melainkan sebagai urusan antarsuku dari pelaku maupun pihak korban, sehingga penyelesaiannya pun diupayakan dengan cara yang tidak merusak keselarasan hubungan antarsuku, antara lain dilakukan dengan cara “ mediasi ” untuk menghasilkan kesepakatan perdamaian para pihak bersengketa.

Dengan melihat telah banyaknya praktik mediasi penal dalam menyelesaikan perkara pidana baik dengan mekanisme yang tidak terlembaga maupun dengan mekanisme yang terlembaga seperti dalam peradilan adat, menunjukkan adanya kebutuhan masyarakat untuk adanya mediasi penal sebagai alternatif dalam menyelesaikan perkara pidana untuk menghindari kesulitan yang ada dalam proses peradilan pidana.

5. Konstruksi politik hukum mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana di masa mendatang

Kebijakan untuk menetapkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana yang merupakan bagian dari proses peradilan pidana sangat dibutuhkan, sehingga mediasi penal dapat menjadi sarana

12 Monang Pardede, Aspidum Kejaksaan Tinggi Jawa Tengah, Wawancara tanggal 25 Oktober 2009

penyelesaian perkara pidana yang sah dan hasil kesepakatannya bersifat mengikat terhadap para pihak, aparat penegak hukum, dan masyarakat sehingga tindak pidana yang diselesaikan melalui mediasi penal menghapuskan kewenangan untuk menuntut.

Berlakunya mediasi penal sebagai alasan hapusnya kewenangan melakukan penuntutan di masa mendatang adalah sejalan dengan kebijakan konsep KUHP tahun 2008 tentang gugur atau hapusnya kewenangan menuntut tindak pidana, sebagaimana tertuang dalam Pasal 145 huruf d, e, dan f yang menentukan bahwa kewenangan penuntutan gugur jika : (d). Penyelesaian di luar proses. (e). Maksimum pidana denda dibayar dengan suka rela bagi tindak pidana yang dilakukan hanya diancam dengan pidana denda paling banyak katagori II. (f). Maksimum pidana denda dibayar dengan suka rela bagi tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori III. Sementara itu sebagai alasan menghapus kewenangan menjalankan pidana bagi pelaku yang telah dijatuhi putusan hakim berupa pidana penjara, mediasi penal dalam tahapan eksekusi ini sejalan dengan Pasal 57 RUU KUHP tentang perubahan atau penyesuaian pidana, yang dapat berupa pencabutan atau penghentian sisa pidana atau tindakan dan penggantian jenis pidana atau tindakan lainnya.

Adapun penentuan kebijakan-kebijakan dalam konstruksi politik hukum mediasi penal yang harus diperhatikan oleh pembuat undang-undang meliputi :

1. *Penentuan Kebijakan Formulasi Pengertian Yuridis Mediasi Penal*

Mediasi Penal merupakan issue baru dalam hukum pidana, oleh karena mediasi selama ini hanya dapat dipraktikan di dalam ranah hukum perdata dan hukum dagang atau hukum bisnis, yang biasanya sering dikenal dengan sebutan *Alternatif Dispute Resolution* (ADR). Oleh karena itu selama penelitian dilakukan banyak pejabat penegak hukum seperti di tingkat Tinggi, baik di Kejaksaan Tinggi Jawa Timur dan Kejaksaan Tinggi Jawa Tengah merasa asing terhadap istilah mediasi penal.

Pengertian yuridis mediasi penal hendaknya dirumuskan dengan tidak meninggalkan arti sebenarnya dari mediasi penal sebagaimana pertama kali dicetuskan pada tanggal 15 September 1999, oleh *Council Of Europe Committee Of Ministers dalam Recommendation No. R (99) 19 Of The Committee Of Ministers To Member States Concerning Mediation In Penal Matters* sebagai dasar hukum penegakan mediasi penal di negara-negara Eropa, sebagai berikut :

"Penal mediation is any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)".

Maka jika kita mengacu pada pengertian mediasi penal di atas,

maka pengertian juridis tentang mediasi yang ditetapkan pada pembuat undang-undang dapat mengacu pada pengertian tersebut, bahwa mediasi penal adalah suatu proses yang memungkinkan mempertemukan korban dan pelaku tindak pidana, jika mereka menghendakinya secara bebas untuk secara aktif berpartisipasi dalam menyelesaikan masalah yang muncul dari kejadian melalui bantuan seorang pihak ketiga yang tidak memihak atau mediator.

2. *Kebijakan penentuan asas-asas mediasi penal*

Dalam penyusunan politik hukum tentang mediasi penal, diperlukan formulasi tentang asas-asas dan tujuan-tujuan yang akan dicapai dalam proses mediasi penal.

Asas-asas dalam mediasi penal yang perlu dirumuskan meliputi :

1. Asas Bebas dan Suka rela

Bahwa pelaksanaan mediasi penal didasarkan pada kehendak bebas dan suka rela dari korban dan pelaku tindak pidana, sehingga dalam memutuskan apakah perkara pidananya akan dimediasikan atau pun tidak harus berdasarkan persetujuan bebas (*freely consent*) dari para pihak.

2. Kebebasan Para Pihak Untuk Menarik Diri Selama Proses Mediasi

Selama proses mediasi penal berlangsung, para pihak baik korban maupun pelaku dibebaskan untuk menarik dirinya dari proses mediasi kapan saja.

3. Asas Kerahasiaan (*Confidential*)

Proses mediasi penal bersifat rahasia, dalam arti para pihak baik korban, pelaku tindak pidana maupun mediator harus memegang kerahasiaan yang terjadi selama proses mediasi, termasuk kerahasiaan pernyataan-pernyataan yang dinyatakan para pihak, alasan-alasan jika tidak tercapai kesepakatan maupun hal-hal lain yang timbul saat proses mediasi penal berlangsung. Kecuali jika timbul hal-hal yang membahayakan para pihak, seperti ancaman dan penyerangan fisik dari satu pihak kepada pihak lain, maka hal tersebut dapat dilaporkan kepada penyidik. Namun jika proses mediasi tidak mencapai kesepakatan, mediator hanya boleh menyampaikan kepada hakim bahwa mediasi tidak mencapai kesepakatan tanpa menguraikan alasan-alasannya, begitu pula mediator tidak dapat bertindak sebagai saksi terhadap pernyataan-pernyataan para pihak dalam proses peradilan.

Tujuan mediasi penal dapat dirumuskan sebagai berikut.

1. Menyelesaikan konflik pidana dengan mengadakan rekonsiliasi antarpelaku tindak pidana dan korban.
2. Mengadakan pemenuhan kepentingan-kepentingan korban berupa restitusi dan ganti kerugian dari pelaku kepada korban.

3. Merekatkan kembali hubungan yang terganggu antara pelaku dan korban karena adanya tindak pidana.
4. Memperlancar proses rehabilitasi pelaku dan pemulihan martabat korban.

6. Kebijakan penentuan tindak pidana yang dapat dimediasi

Kebijakan penentuan tindak-tindak pidana yang dapat dimediasikan yaitu berdasarkan kriteria-kriteria sebagai berikut :

1. Ancaman pidana yang rendah

Tindak pidana yang dapat dimediasikan hendaknya tindak pidana yang hanya diancam dengan ancaman pidana denda atau ancaman pidana penjara paling lama satu (1) tahun dan tindak pidana dengan ancaman pidana penjara paling lama 5 tahun untuk tindak pidana tertentu seperti Pasal 359 KUHP (kelalaian berakibat matinya orang lain) dan Pasal 360 KUHP (kelalaian mengakibatkan orang lain luka berat).

2. Tingkat kerugian yang ditimbulkan

Tindak pidana yang dapat dimediasikan haruslah tindak pidana yang menimbulkan kerugian yang kecil saja, seperti dalam pelanggaran-pelanggaran dan kejahatan ringan. Contohnya : tindak pidana pencurian ringan, penganiayaan ringan, penipuan ringan dan penggelapan ringan.

3. Tindak pidana yang dilakukan karena kelalaian

Tindak pidana yang dilakukan karena kelalaian dapat dimediasikan, hal ini menyangkut sikap batin pelaku tindak pidana. Dalam kelalaian tindak pidana dan akibat yang terjadi bukan karena kehendak pelaku, melainkan karena kekurangan penghati-hatian.

4. Tindak pidana yang merupakan delik aduan baik absolut maupun relatif.

Tindak pidana aduan dapat dimediasikan karena penuntutannya didasarkan pada ada atau tidak adanya pengaduan, dan adanya kesempatan bagi korban atau pengadu untuk mencabut pengaduannya sehingga proses tidak sampai berlanjut pada peradilan pidana.

Contoh : delik zina, penghinaan dan lain-lain.

5. Tindak Pidana Yang Melibatkan Anggota Keluarga Sebagai Pelaku/Korban

Hal ini sejalan dengan salah satu tujuan mediasi penal yaitu mengintegrasikan dan menyatukan atau memperkuat kembali hubungan antara pelaku tindak pidana dan korban. Dengan demikian apabila terjadi tindak pidana yang melibatkan anggota keluarga maka dimungkinkan untuk dilakukan proses mediasi penal.

6. Tindak Pidana Di Mana Pelakunya Anak di Bawah Umur

Terhadap anak di bawah umur yang melakukan tindak pidana terdapat ketentuan khusus, sehingga proses peradilan pidana yang dijalannya tidak menimbulkan trauma berkepanjangan yang akan mengganggu perkembangan psikisnya, sehingga dibuka kemungkinan besar untuk penyelesaian dengan jalan proses mediasi penal.

7. Tindak Pidana yang Unsur-Unsur tindak pidananya tidak jelas

Hal ini dikemukakan oleh Hakim Pengadilan Tinggi Jawa Timur Made Rawa Aryawan, bahwa untuk tindak pidana yang tidak begitu jelas unsur pidananya, maka lebih baik dimediasikan dalam penyelesaiannya.

7. Penentuan kebijakan pelaksanaan mediasi penal sebagai bagian dari proses peradilan pidana

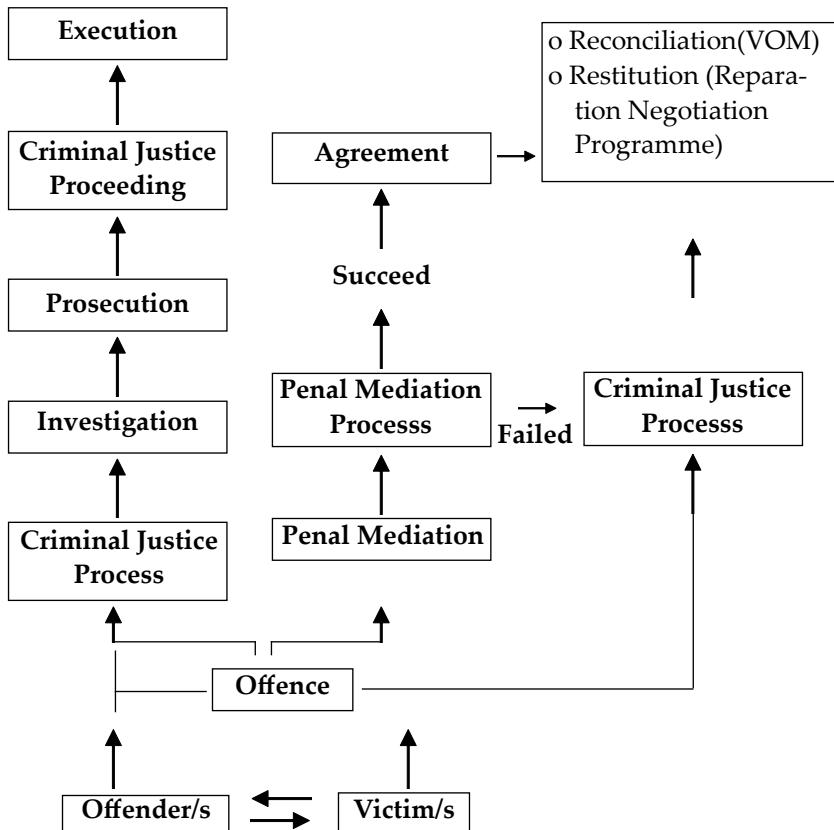
Mediasi penal dapat dilakukan dengan dua cara atau bentuk, yaitu.

1. Mediasi penal di luar proses peradilan pidana (*out of criminal justice process*)

Di sini diperlukan landasan hukum berupa kebijakan atau aturan hukum yang menetapkan tentang :

- a. Tindak pidana yang dapat dimediasikan di luar proses peradilan pidana.
- b. Mediasi penal yang dilakukan oleh pihak pelaku dan korban di luar pengadilan untuk tindak-tindak pidana tertentu diakui keabsahannya jika dilakukan secara suka rela.
- c. Mediasi penal difasilitasi oleh mediator yang telah bersertifikasi .
- d. Kekuatan hukum hasil kesepakatan yang dicapai oleh pihak pelaku dan korban, sebagai keputusan yang sah dan final sehingga tidak dapat diganggu gugat dan tidak perlu dikuatkan melalui penetapan pengadilan cukup apabila disahkan dengan materai dan tanda tangan semua pihak. Hal ini mengingat bahwa pelaksanaan mediasi penal adalah bersifat suka rela.
- e. Hasil kesepakatan yang dicapai dalam mediasi penal sebagai alasan hapusnya penuntutan tindak pidana yang telah dimediasikan.

Skema : Penal mediation out of criminal justice process



Keterangan :

Succeed : Dalam mediasi penal tercapai kesepakatan perdamaian (rekonsiliasi) dan telah dilakukan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban (restitusi).

Failed : Mediasi penal gagal mencapai kesepakatan baik rekonsiliasi maupun restitusi.

2. Kebijakan pelaksanaan mediasi penal sebagai bagian proses peradilan pidana (*Within criminal justice process*)

a. Mediasi Penal pada Tahap Penyidikan Tindak Pidana

Tahap penyidikan adalah tahap awal dari proses peradilan pidana. Pada tahap ini dimungkinkan bagi penyidik untuk meneruskan atau tidak meneruskan tindak pidana ke dalam proses peradilan pidana. Oleh karena itu pada tahap ini merupakan tahap yang paling strategis untuk memediasikan tindak pidana tertentu guna menghindari proses peradilan pidana dengan pencarian solusi yang menguntungkan semua pihak baik

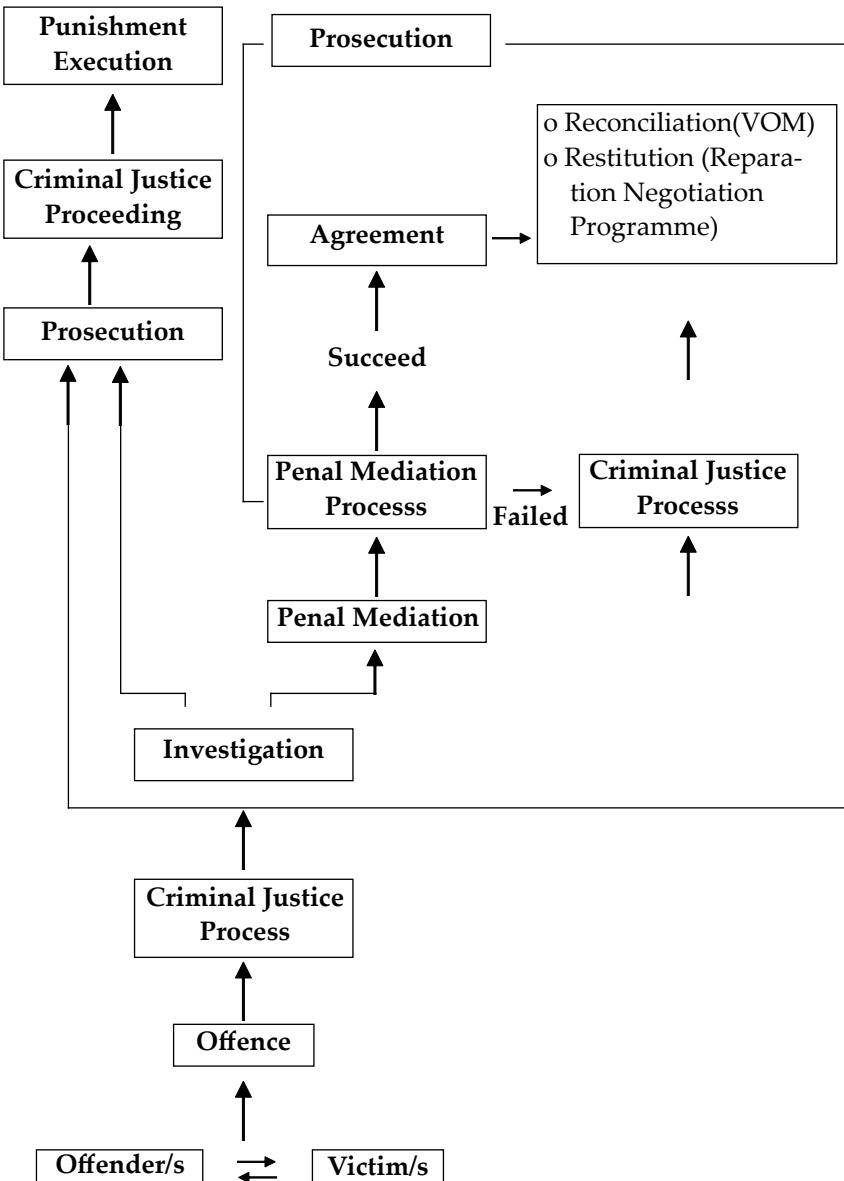
Konstruksi politik hukum mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana

pelaku maupun korban tindak pidana. Mediasi pada tahap penyidikan ini merupakan kombinasi model mediasi *informal mediation, victim-offender mediation dan reparation negotiation programmes*.

Pada tahap ini dapat ditetapkan cara kerja mediasi penal sebagai berikut :

1. Setelah melihat dan mempelajari kasus atau tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku dengan kriteria-kriteria tertentu (diuraikan dalam bahasan tindak pidana yang dapat dimediasikan), maka pihak penyidik memanggil pelaku dan korban untuk menawarkan alternatif penyelesaian perkara pidananya di luar proses peradilan.
2. Mediasi penal harus dilakukan secara suka rela dari semua pihak yang terlibat, oleh karena itu jika ada pernyataan baik dari pelaku maupun korban untuk melakukan mediasi penal, selanjutnya pihak penyidik menyerahkan perkara tersebut kepada korban dengan menginformasikan jasa mediator penal yang akan membantu menyelesaikan perkaranya.
3. Mediasi dilakukan secara rahasia sesuai dengan prinsip confidentiality . Segala yang terjadi dan pernyataan-pernyataan yang muncul selama proses mediasi harus dirahasiakan oleh semua pihak termasuk mediator. Mediator tidak dapat menjadi saksi dalam proses peradilan pidana atas segala sesuatu yang terjadi selama proses mediasi dan sebab-sebab mediasi tidak mencapai kesepakatan, jika mediasi tidak menghasilkan kesepakatan.
4. Pada kesempatan mediasi inilah pelaku dan korban dipertemukan untuk mencari solusi yang saling menguntungkan. Pihak korban dapat mengajukan tuntutan ganti kerugian kepada pelaku sebesar kerugian yang dideritanya dan menuntut pemulihan martabatnya, dengan difasilitasi oleh mediator.
5. Mediator harus mempunyai sertifikasi dan terlatih serta diakui oleh Menteri Kehakiman sebagai mediator, oleh karena itu mediator tidak bersifat perorangan melainkan suatu badan atau lembaga yang secara khusus menjalankan tugas mediasi.
6. Apabila dalam mediasi dicapai kesepakatan, maka mediator memberitahukan kepada penyidik bahwa telah dicapai kesepakatan melalui mediasi dengan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban.
7. Hasil kesepakatan mediasi penal merupakan putusan final, sehingga merupakan alasan penghapus penuntutan.
8. Dengan adanya hasil kesepakatan maka penyidik menyatakan bahwa kasus tidak dilanjutkan kepada pelimpahan BAP kepada penuntut.

Skema : Penal Mediation in the investigation Stage



Keterangan :

Succeed : Dalam mediasi penal tercapai kesepakatan perdamaian (rekonsiliasi) dan telah dilakukan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban (restitusi).

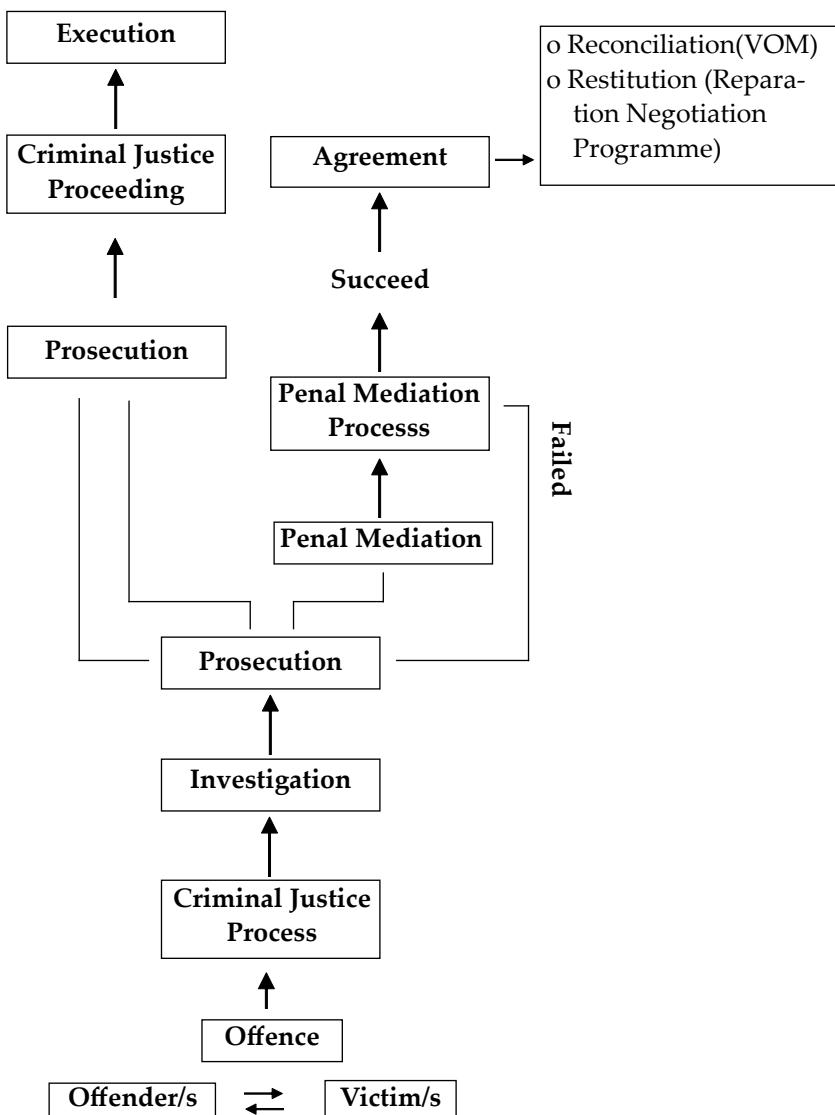
Failed : Mediasi penal gagal mencapai kesepakatan baik rekonsiliasi maupun restitusi.

b. Mediasi penal pada tahap penuntutan

Adapun pelaksanaan mediasi penal pada tahap penuntutan dapat digambarkan sebagai berikut :

1. Jaksa penuntut umum dengan mempelajari tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku berdasarkan kriteria-kriteria tertentu, dapat menawarkan mediasi kepada korban dan pelaku tindak pidana.
2. Mediasi dilakukan berdasarkan persetujuan secara suka rela dari pelaku dan korban tindak pidana. Jika kedua pihak menyetujui untuk dilakukan mediasi, maka persetujuan untuk mediasi diberikan kepada jaksa penuntut umum.
3. Jaksa penuntut umum dapat berposisi sebagai mediator maupun dapat melakukan penunjukan mediator dari luar yang bersertifikasi.
4. Mediator mempertemukan pihak pelaku dan korban tindak pidana.
5. Pelaksanaan proses mediasi dilakukan secara rahasia, dalam arti semua peristiwa yang terjadi dan pernyataan-pernyataan yang muncul selama mediasi tidak dapat dipublikasikan oleh semua pihak yang terlibat.
6. Dalam mediasi penal ini diadakan rekonsiliasi dan pembayaran ganti kerugian kepada korban.
7. Jika mediasi penal tidak mencapai kesepakatan, maka perkara pidana akan dilanjutkan dengan proses pemeriksaan di sidang pengadilan dengan dilakukan penuntutan terhadap tindak pidanannya. Dalam hal ini mediator tidak dapat bersaksi atas tidak tercapainya kesepakatan mediasi maupun atas segala sesuatu yang terjadi selama proses mediasi.
8. Jika mediasi mencapai kesepakatan damai yang diterima oleh semua pihak, maka akta kesepakatan berlaku sebagai putusan yang final dan tidak dapat diadakan penuntutan, sehingga dapat berfungsi sebagai alasan penghapus penuntutan.

Skema: Penal Mediation in The Prosecution Stage



Keterangan :

Succeed	: Dalam mediasi penal tercapai kesepakatan perdamaian (rekonsiliasi) dan telah dilakukan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban (restitusi).
Failed	: Mediasi penal gagal mencapai kesepakatan baik rekonsiliasi maupun restitusi.

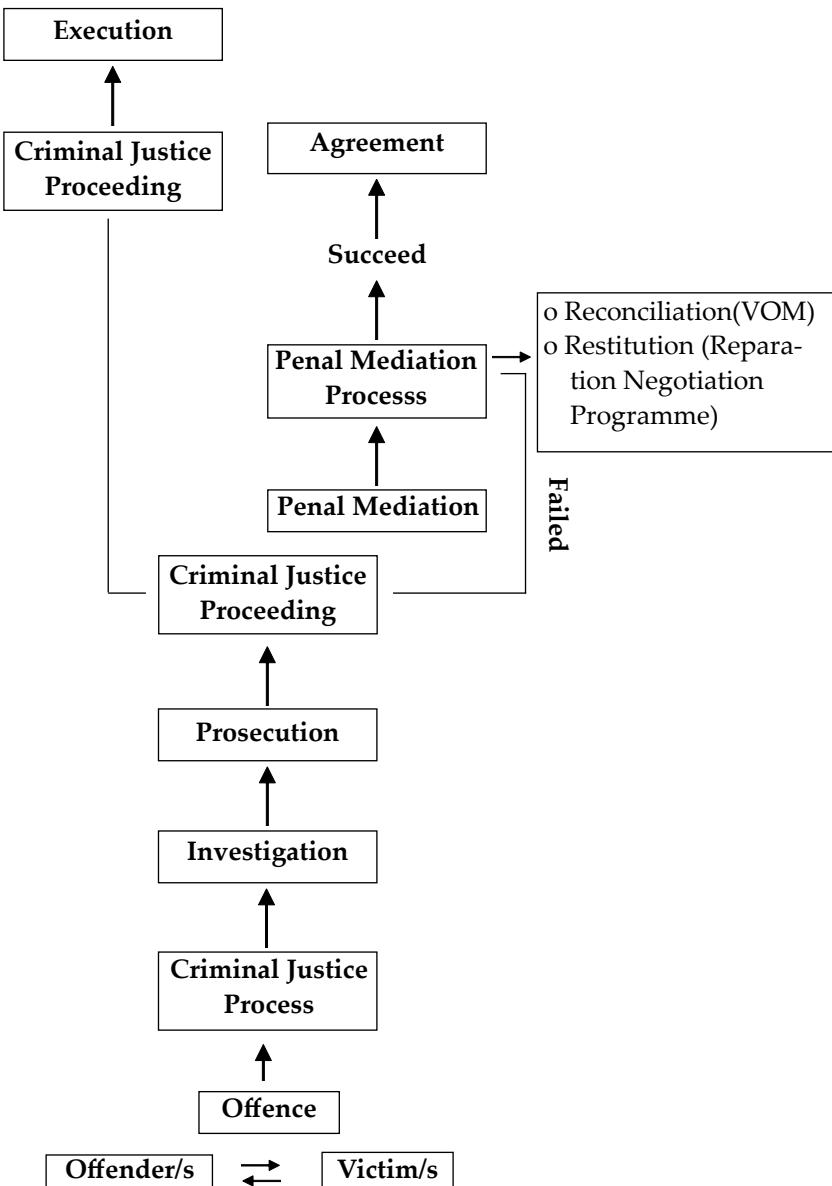
c. *Mediasi penal pada tahap pemeriksaan sidang pengadilan*

Mediasi penal yang dilakukan pada tahap ini adalah setelah perkara dilimpahkan ke pengadilan oleh penuntut umum. Dalam mediasi pada tahap ini sebagaimana dalam perkara perdata, hakim menawarkan alternatif penyelesaian perkara pidana dengan cara perdamaian kepada para pihak, yaitu pihak pelaku tindak pidana dan pihak korban sebelum dilakukan proses pemeriksaan di depan sidang pengadilan dengan melihat kriteria tindak pidana yang dilakukan oleh terdakwa. Mediasi ini jika mencapai kesepakatan maka hasilnya dapat digunakan sebagai alasan untuk menghapuskan menjalankan pidana bagi pelaku tindak pidana. Mediator pada tahap ini bisa dilakukan oleh hakim ataupun mediator dari luar pengadilan yang telah mendapatkan sertifikasi dan pelatihan. Mediasi ini adalah gabungan dari model *Victim-Offender Mediation* dan *Reparation Negotiation Programmes*.

Adapun pelaksanaan mediasi ini adalah sebagai berikut :

1. Hakim setelah mempelajari kasus dan tindak pidana yang dilakukan oleh terdakwa, dapat menawarkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara dengan perdamaian para pihak.
2. Jika para pihak menyetujui, maka diadakan persetujuan secara suka rela untuk mengikuti penyelesaian perkara dengan cara mediasi baik oleh pelaku maupun oleh korban.
3. Hakim dapat bertindak sebagai mediator ataupun dengan mediator di luar pengadilan yang telah memenuhi syarat dan bersertifikasi.
4. Mediasi mempertemukan pihak pelaku dan korban, pada kesempatan ini diadakan rekonsiliasi antara korban dan pelaku, serta dilakukan pembayaran ganti kerugian yang diderita korban.
5. Mediasi penal dilakukan berdasarkan prinsip rahasia, sehingga segala peristiwa yang terjadi dan segala pernyataan yang muncul dalam proses mediasi harus dirahasiakan oleh para pihak termasuk mediator.
6. Jika mediasi tidak mencapai kesepakatan maka proses pemeriksaan di muka pengadilan akan dilanjutkan sebagaimana mestinya.
7. Jika tercapai kesepakatan di mana para pihak saling menerima hasil kesepakatan (rekonsiliasi) dan disepakati pembayaran ganti kerugian oleh pelaku kepada korban, maka hasil kesepakatan yang dituangkan dalam akta kesepakatan menjadi berkekuatan tetap sebagaimana putusan pengadilan dan bersifat final, sehingga pelaku tidak dapat dituntut dan diadili kembali dalam proses peradilan pidana.

Skema : Penal Mediation in The Criminal Justice Proceedings Stage



Keterangan :

Succeed : Dalam mediasi penal tercapai kesepakatan perdamaian (rekonsiliasi) dan telah dilakukan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban (restitusi).

Failed : Mediasi penal gagal mencapai kesepakatan baik rekonsiliasi maupun restitusi.

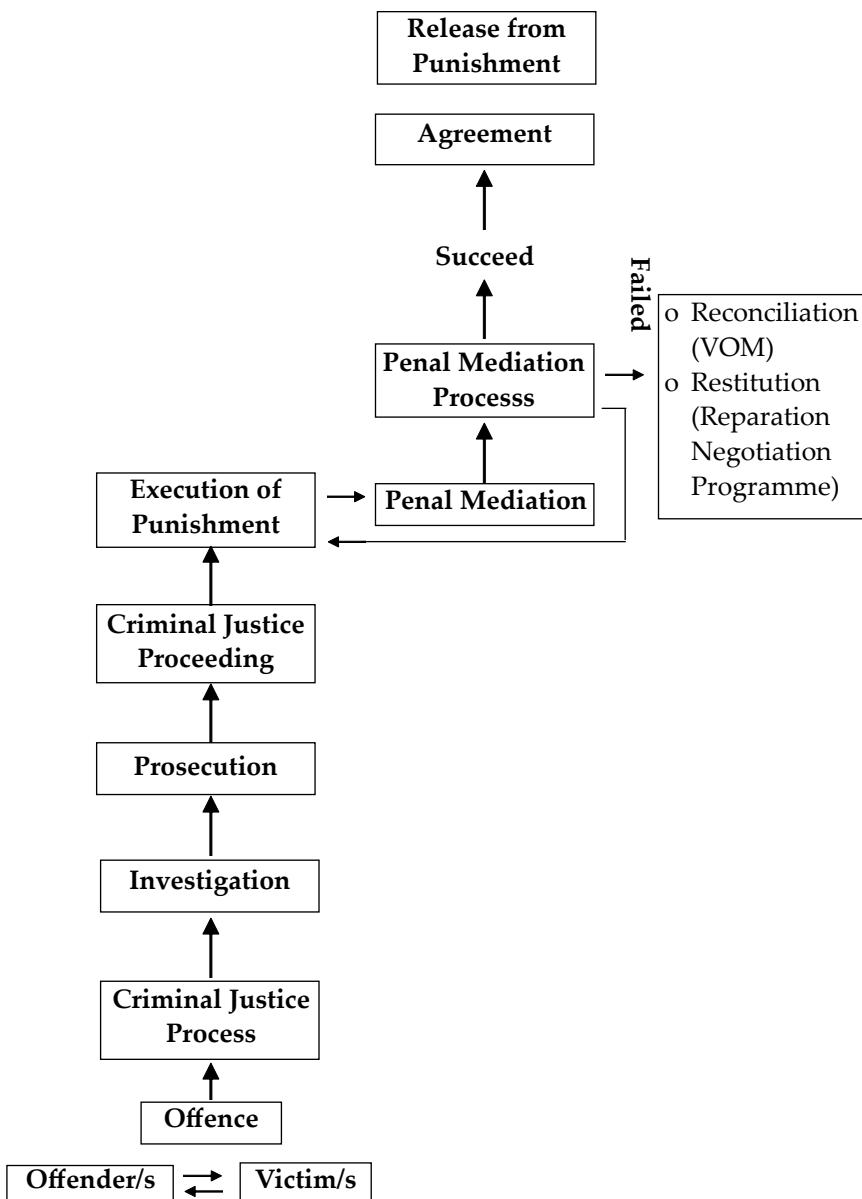
d. Mediasi penal pada tahap pelaku menjalankan sanksi pidana penjara

Pada tahapan ini mediasi penal dilakukan baik berupa *reparation negotiation programme* yang menitikberatkan pada pembayaran kompensasi dari pelaku kepada korban, maupun berupa bentuk *victim-offender mediation*, yang menitikberatkan baik pada konsep rekonsiliasi maupun pada kesepakatan pembayaran ganti kerugian kepada korban. Mediasi yang dilakukan pada tahap pelaku sedang menjalani pidananya khususnya pidana penjara, berfungsi sebagai alasan untuk menghapuskan kewenangan menjalankan sebagian pidana jika pelaku telah menjalankan sebagian pidananya.

Adapun pelaksanaan pada tahapan eksekusi adalah sebagai berikut.

1. Untuk tindak-tindak pidana tertentu, pelaku dapat menawarkan kepada korban untuk mengadakan mediasi penal guna meringankan pidananya.
2. Jika korban menyetujui permintaan mediasi dari pelaku tindak pidana, maka diajukan persetujuan mediasi kepada Jaksa penuntut umum sebagai eksekutor.
3. Jaksa sebagai eksekutor akan mempelajari kemungkinan disetujuinya mediasi penal.
4. Jika telah disepakati persetujuan mediasi maka mediasi dapat dilakukan dengan bantuan mediator yang ditunjuk maupun mediator luar yang telah diakui dan disertifikasi.
5. Mediasi dilakukan dengan prinsip kerahasiaan (confidentiality) sehingga segala peristiwa dan pernyataan yang muncul dalam mediasi bersifat rahasia.
6. Jika mediasi mencapai kesepakatan untuk berdamai dan kesepakatan pembayaran ganti kerugian, maka hasil kesepakatan tersebut berfungsi sebagai alasan untuk menghapuskan kewenangan menjalankan pidana, sehingga terpidana dapat dibebaskan.
7. Hasil kesepakatan perdamaian dan pembayaran ganti kerugian kepada korban dituangkan ke dalam akta kesepakatan yang bersifat final dan digunakan sebagai alasan untuk membebaskan terpidana dari pidana yang belum dijalannya.

Skema : Penal Mediation in The Execution of Punishment



Keterangan :

Succeed : Dalam mediasi penal tercapai kesepakatan perdamaian (rekonsiliasi) dan telah dilakukan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban (restitusi).

Failed : Mediasi penal gagal mencapai kesepakatan baik rekonsiliasi maupun restitusi.

Kesimpulan

Salah satu bentuk perwujudan *restorative justice* adalah dengan dikembangkannya konsep penal mediation yang menjadi alternatif dalam penyelesaian perkara pidana. *Penal mediation* patut dipertimbangkan untuk menjadi alternatif penyelesaian perkara pidana di samping proses peradilan pidana tradisional, karena banyak kelebihan-kelebihan dan keuntungannya dibanding kelemahan-kelemahannya. Temuan fakta di lapangan mediasi penal telah dipraktikan baik oleh anggota masyarakat dalam menyelesaikan tindak pidana tertentu, maupun oleh aparat penegak hukum dalam menyelesaikan tindak pidana tertentu pula. Namun demikian praktik mediasi penal di sini tidak menghapuskan kewenangan penuntutan maupun menjalankan pidana bagi pelaku tindak pidana.

Mengingat karakteristik masyarakat tersebut maka dibentuk konstruksi mediasi penal yang sangat fleksibel untuk dipraktikkan, dengan mengkombinasikan model-model atau bentuk-bentuk penal mediation seperti *informal mediation*, *victims – offender Mediation* dan *Reparation Negotiation Mediation*, dengan konsep *reconciliation* dan *restitution* yang mendasarinya. Maka konstruksi politik hukum mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana di masa mendatang adalah bangunan pengaturan tentang pelaksanaan mediasi penal yang terdiri atas kebijakan formulasi dan kebijakan pelaksanaan mediasi penal. Adapun kebijakan pelaksanaan (*applicative policy*) mediasi penal meliputi mediasi penal di luar proses peradilan pidana (*Penal mediation out of Criminal Justice Process*) dan mediasi penal di dalam proses peradilan pidana (*Penal Mediation Within Criminal Justice System*) yang meliputi mediasi pada tahap penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di muka pengadilan dan saat terpidana menjalankan pidananya.

INDEKS

A

abuse of powers 143
accusatoire 60
Aceh 8, 10, 13, 17, 29, 30, 38, 39, 310
adat recht 5. *Lihat juga* hukum adat
Afrika 177
Afrika Selatan 177
Ahmadiyah 33
Alatas 106, 107
A. Lee Hunt 216
Alternative Dispute Resolution 305
ambiguitas 41, 42, 45, 46, 52, 186
Amerika Serikat 81, 127, 176, 177, 201,
203, 210, 216, 341
anak yang berhadapan dengan hukum
296, 297, 298, 299, 301, 302
angka residivisme 209, 211, 213, 218,
221
Anglo-Saxon 47
Anselm von Feurbach 43
Aparat penegak hukum 135
APBN 110, 275, 277
appropriate goal 217
Armansyah 254
asas culpabilitas 177
Asas kesebandingan 228
Asas kesetaraan 18
asas legalitas 19, 41, 42, 43, 45, 46, 49,
50, 53, 56, 130, 146, 177
Asas Legalitas 143
Asas Oportunitas 143, 149
Asas pembatasan minimal 227, 229
Ashadi Siregar 124
Asia 38, 86, 125, 177, 270
Australia 25, 110, 127, 142, 146, 150,
151, 154, 177, 315
Austria 128, 310

B

Badan Pengawasan Keuangan dan
Pembangunan 110
Bali iv, 10, 46, 310
Bayu 127, 265
Beijing 260, 293, 294, 295, 296, 303, 305
Belgia 11, 78, 81, 88, 197, 310, 311
Benveniste 108

binding precedent 42, 53, 54, 55, 56
Biro Lembaga Pemasyarakatan Federal
176

Biro Penyidikan Federal 176
Black 105, 106, 122
black hacking 134
blue-collar criminals 229
Budha 46

C

Ceko 127
Centre for International Crime Prevention
110
Cina 47, 88, 96, 193
Civil Law 41, 47, 48, 146
code of silence 176
common law 42, 48, 54, 55, 148, 153,
171, 172
community based correction 221
Community panels or courts 315
community service order 221
Computer Informational Crime 132,
133
Convention on the Rights of the Child
260, 293, 303
correctional system 216
Council of Europe 39, 128, 312
Crime Againsts The Person 132, 133
criminal justice system 144, 192, 211,
219. *Lihat juga* sistem peradilan
pidana
criterium numeric 10
cybercrime 123, 127, 128, 129, 130, 134,
136, 138, 241
cyberfraud 127
Cyberspace 123, 124, 138

D

Data Diddling 132, 133
Data Leakage 132, 133
dead letter law 13
Den Haag 37, 81, 85, 86, 94, 99, 100,
227, 243, 249, 250
Departemen Hukum Amerika Serikat
176
Discretionary corruption 108

Kontributor

Donn B. Parker 131

E

extra ordinary crime 103, 104, 109, 119, 193

F

Facebook 125

Family and community group conferences 315

FIJI 304

FILIPINA 304

Finlandia 127

force majeur 108

Ford 128, 129, 131, 138

Frank Bean 216

G

Genosida 46, 47, 55, 57

George Antunes 216

globalisasi 4, 88, 125, 126, 298

glokalisasi 4

Goffman 226, 232, 249

Gordon 128, 129, 131, 138

Grabosky 134

H

hak asasi manusia vi, vii, 3, 4, 9, 11, 22, 26, 29, 33, 34, 35, 44, 91, 92, 98, 116, 173, 178, 194, 200, 273, 296, 300

hak atas identitas 15

hak-hak dasar 4, 9, 11, 19, 26, 227, 228, 273

hak-hak konstitusional 8, 13

hak-hak korban 161, 310

hak-hak prosedural 19, 34

Hak-hak Sipil dan Politik 3, 14, 18, 19, 21, 31, 34, 60

Hakim Komisaris 66

hak ingkar 155, 162, 166, 167

hak perseorangan 12

Hans Kelsen 51

harkat martabat manusia 80

Harkristuti 172, 304

Harkristuti Harkrisnowo 172, 304

harta kekayaan 67, 197, 202, 218

Hastings 47

Havana 128

Henry Campbell Black 105

Hiah 96, 99

Hindia-Belanda 5

Hindu 10, 46

Hirschi 227, 249, 255

Hoge Raad 49, 54, 55, 72, 88, 130, 156, 162, 165, 170

Hongaria 127

Hongkong 110

Hong Kong 177

hukum adat 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 19, 29, 30, 34, 301

hukum agama 5, 6, 7, 12, 14, 29, 30

hukum nasional x, 6, 7, 62, 203, 261

hukum pidana v, vi, vii, viii, ix, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 23, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 41, 43, 44, 45, 50, 59, 60, 62, 66, 68, 69, 71, 72, 73, 77, 78, 84, 94, 96, 105, 113, 114, 123, 130, 137, 152, 155, 156, 157, 159, 177, 178, 187, 188, 193, 197, 203, 204, 214, 215, 221, 226, 236, 243, 244, 246, 247, 253, 258, 259, 263, 264, 285, 307, 309, 311, 312, 319, 320, 339, 340, 341

Hukum pidana anak 71, 72

hukum pidana khusus 113, 114

hukum pidana kolonial 5, 6

hukum pidana lokal 8, 14, 29, 35, 36

hukum pidana material 43

hukum pidana umum 113, 114, 244

hukum yang hidup 6, 12, 319

human behavior 215, 259

human trafficking vi, 85, 86, 87, 90, 95, 96, 340

I

Ideological corruption 109

Illegal corruption 108

impartial tribunal 72

Imperia multinasional 23

India 94, 125, 288

Indonesia iv, v, vii, viii, ix, x, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 16, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 49, 50, 53, 54, 55, 57, 76, 85, 86, 97, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 112, 113, 114, 118, 119, 120, 121, 122, 125, 127, 128, 132, 138, 141, 142, 143, 146, 147, 148, 150,

Kontributor

151, 152, 153, 154, 157, 158, 160, 171, 172, 174, 177, 178, 183, 185, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 209, 215, 219, 220, 221, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 234, 235, 245, 254, 256, 261, 265, 269, 270, 271, 275, 276, 277, 278, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 307, 308, 310, 311, 317, 319, 340, 341
industri seks 86, 87, 91, 93, 94, 96, 97
informal mediation 314, 325, 333
Inggris 11, 42, 47, 48, 52, 53, 54, 56, 86, 127, 132, 142, 146, 150, 151, 156, 158, 160, 197, 203, 204, 217, 236
inquisitoire 60, 161
institusi penitensier 228
Interpretasi formil 20
Interpretasi materiil 20, 36
Iran 127

J

Jack Gibbs 216
Jaksa Agung 116, 141, 143, 148, 149, 150, 151, 152, 176, 301
Jaminan hukum 11
Jeremy Pope 104, 122
Jerman 22, 78, 127, 177, 310
Jessica Lipnack 123
J. Martin 216
Jonkers 45, 250
Joseph Valachi 176
Joycomputing 131, 132
judicial precedent 54, 55
juru runding 76

K

Kanada 11, 310
Katolik 46, 340
Kayishema 47
KC.Davis 149
keadaan nirhukum 83
keamanan rendah 234, 235
keamanan sangat tinggi 234
keamanan tinggi 232, 233, 234
kebebasan berkeyakinan 28
kebebasan berpendapat 21
kebijakan kriminal 104, 259
kebijakan sentralisasi 7
kebijakan sosial 105, 259, 285
kehidupan empiris 124
kehidupan simbolik 124
kejahatan harta benda 245
kejahatan narkoba 218
Kejahatan siber 126, 128, 129. *Lihat juga* cybercrime
kejahatan terhadap kesusilaan 87
kejahatan terorganisir vi, 59, 66, 85, 90, 156, 172, 173, 174, 191, 192. *Lihat juga* terorisme
kekerasan seksual 46, 180, 233, 256, 269, 283
kelompok elite 23
kelompok minoritas 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 298
Kementerian Hukum dan HAM 277, 304
kemerdekaan Indonesia 6
kenyataan maya 124
keterampilan sosial 218, 237, 238
Kewenangan diskresi 149
Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana 66, 178, 292
Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 57, 68, 114, 115, 196, 205, 260
Kolombia 127
Komisi Ombudsman Nasional 120
Komisi Pemberantasan Korupsi 115, 120, 121, 196
Komisi pengaduan polisi 64
konvensi internasional 119
Korea Selatan 125
korps kepolisian 63
Korupsi defensif 107
Korupsi dukungan 108
Korupsi investif 107
Korupsi otogenik 108
Korupsi perkerabatan 107
Korupsi transaktif 107
Korupsi yang memeras 107
Korvinus 93, 99
Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik 14, 18
Kovenan Internasional 3, 19, 60
KPAI 276, 277, 285, 286, 299
kriminalisasi 87, 96, 134
kriminalitas 59, 89, 163, 167, 209, 210, 211, 212, 223, 240, 241, 242, 243,

Kontributor

245, 246, 340
Kristen 10
Kuba 128
KUHPidana 4, 5, 13, 35, 36, 41, 85, 86, 87, 96

L

LAHA 299
Langkat 254
LAOS 304
lembaga pemasyarakatan 71, 72, 77, 209, 212, 215, 217, 218, 220, 225, 228, 229, 230, 234, 294, 295, 296, 299, 300, 306
lembaga pemasyarakatan anak 72
lembaga penitensier 60, 77, 78, 79, 81, 83, 84, 164, 224, 225, 228, 230
lex-certa 19
lex scripta 43
Lipton 218, 222
living law 6, 24, 126
Locus delictie 136
Louis Gray 216

M

Magna Charta 42
Mahkamah Konstitusi 297
Manuel Castell 126
Martinson 218, 219, 222, 236, 249
masyarakat imigran 23, 25, 26, 28, 29
masyarakat informasi 125, 126
masyarakat internasional 61, 103, 119, 120, 269, 293
mediasi penal x, 305, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333
Mehak 93, 94
Menteri Kehakiman 72, 82, 231, 325
merampas kemerdekaan tersangka 61
Mercenary corruption 109
metode penafsiran 44, 45
Mexico 120
Moises Naim 104
monodualistik 177
mortifikasi 226
Muhammad Azwar 254

N

Nangroe Aceh Darussalam 10

narapidana 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 119, 211, 212, 216, 218, 220, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 248, 300, 304, 339. *Lihat juga* warga binaan ne bis in idem 6
negara bangsa 22, 28
negara demokratis 8, 152
negara federal 28
negara hukum v, 3, 16, 59, 64, 66, 71, 75, 84, 241
negara hukum demokratis 3, 16, 66
negara Islam 8
Negara Kesatuan Republik Indonesia 3, 13, 24, 32
New York 38, 60, 100, 123, 138, 194, 198, 199, 201, 205, 216, 217, 218, 222, 288
nilai-nilai Islam 8
NKRI 3
non-discrimination 17
non-retroactivity 43
Norman 47
norma-norma hukum agama 30
nulla poena 43
Nulla poena sine crimine 43
Nulla poena sine lege 43
Nullum crimen sine poena legali 43

O

Ombudsman 64, 120
Openbaar Ministerie 59, 155, 156, 160, 161, 162
Orde Baru 3
Otonomi 13
otonomi regional 12

P

Pancasila 24, 27, 40, 220
pandangan hidup 15, 17, 26, 35, 244
pandangan liberal 31
Papua 13, 310
PAPUA NEW GUINEA 304
Patrick Glynn 104
Pemasyarakatan kembali 225
pemberantasan tindak pidana korupsi 103, 104, 116, 117, 118, 119, 121, 157, 241
pemeriksaan formal 82, 303
pemerintahan daerah 12, 13, 14, 29, 33
pemerintah pusat 3, 13, 14, 19, 21, 26,

Kontributor

28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36
penafsiran analogi 44
penafsiran historis 44
penafsiran kebalikan 44
penafsiran logis 44
penafsiran membatasi 44
penafsiran memperluas 44
penafsiran sistematis 44
penafsiran teleologis 44
pendampingan hukum 62, 63, 81
pendekatan sistem 105
penegak hukum vi, 56, 60, 92, 104, 121,
127, 130, 134, 135, 136, 146, 153,
170, 179, 180, 188, 196, 210, 212,
243, 245, 254, 255, 259, 274, 277,
286, 294, 296, 300, 301, 302, 303,
305, 307, 320, 333
Pengadilan Hak Asasi Manusia 62,
72, 79
pengurangan hukuman 155, 157, 164,
168, 169, 172, 187
penjatuhkan penahanan sementara 72
Penuntut Umum 66, 67, 142, 143, 145,
146, 147, 148, 150, 154, 187, 226,
291, 314
penyelenggaraan kehidupan negara 28
perdagangan manusia vi, 85, 86, 87, 88,
89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97,
98, 127, 340
perekonomian negara 106, 115
perjanjian internasional 11, 22, 60, 96,
131
Perlindungan hak asasi 11
perlindungan masyarakat 105, 239, 259
Perserikatan Bangsa-Bangsa 11, 110,
118, 293, 301
pertemuan suku 314
perumusan perundang-undangan 45
Peter J.P.Tak 143
Peter La S. 170
Philipus M. Hadjon 149
pidana harta 67
pluriform 4, 9, 26, 34
Polandia 127
Pompe 45, 339
pornografi 41, 45, 46, 129, 261
Prancis 127
Prevensi khusus 224
Prevensi umum 224
proses mediasi 76, 77, 82, 312, 321, 322,
323, 325, 327, 329
Protestan 46
putusan hakim 48, 49, 50, 53, 56, 219,
262, 295, 320

R

R. Cushing 216
recidivism 211, 218, 219
rehabilitasi psiko-sosial 178
rehabilitation and reform 217
reklasering 76, 237
rekonsiliasi 264, 311, 315, 316, 321, 324,
326, 327, 328, 329, 330, 331, 332
Religious group 47
reparation negotiation programme 331
Reparation negotiation programmes
315
residivis 211, 225, 234, 235, 236, 237,
238, 239, 240, 241, 245, 246, 247,
248, 306, 315
Resolusi Nomor 57/169 120
Retribusi 223
rezim politik 22, 23
Roger Hood 217
Romli Atmasasmita 49, 52, 57, 109, 110,
122, 197, 203
Ronal Lubis 127
Ruggiero 88, 100
rule of law v, vi, vii, viii, 3, 18, 19, 33,
151, 152
rumah tahanan 62, 80, 84, 230, 232,
299, 304
Ruzindana 47

S

saksi mahkota 156, 160, 170, 171
San Fransisco 310
Scope application 119
Scott Soames 52, 58
Sijunjung 299
Simons 44, 45
Simons, Vos 45
Singapura 127
sistem hukum Belanda 42, 53, 54
sistem hukum Indonesia 42, 49, 53, 54,
270
sistem hukum Inggris 42, 53
Sistem peradilan pidana 145, 146, 211,
219
Slovakia 127
Software Piracy 132, 133
Spanyol 127

Kontributor

Staring 96, 100
Statuta Roma 1998 46, 58
Stephen J. Korbin 104
subjek hukum 20, 42, 253
Sudikno Mertokusumo 142, 150, 198
Sulawesi 8, 291
Sumatra Barat 299
Surabaya 127, 136, 138, 253, 294, 299, 308, 340, 341
Suspend prosecution 144
Suyatno 108, 122

T

tahapan kritikal 60, 68, 84
terorisme 59, 66, 127, 187, 190, 243, 244
Thailand x, 38, 127, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289
TIMOR TIMUR 304
tindak pidana yang berdiri sendiri 5
Tionghoa 96
totale institutie 226
tradisi lokal 3
traditional crimes 217
Traditional village or tribal moots 314
Trojan Horse 132, 133
Tulungagung 292, 299
Turki 23

U

Ulrich Beck 242
ultimum remedium vii, 245, 278, 304, 305
Undang-Undang Dasar 1945 11, 20, 29, 31, 32, 33, 36
Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 304
Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 116
Undang-Undang No 26 Tahun 2000 46
Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 114
Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 115
Undang-Undang No 44 Tahun 2008 45
Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 118, 188, 196
Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 309
Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 115, 117, 122
Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 106, 115, 116, 117, 120, 122, 191
Uni Eropa 48, 79, 91
UUD 1945 3, 11, 13, 22, 27, 29, 30, 32, 33, 282

V

Valachi 176
Van Hattum 45
victim-offender mediation 315, 325, 331
Vito Genovese 176

W

Walter C. Bailey 217
Walzer 22, 23, 25, 30, 40
warga binaan 215, 218
Warga Binaan Pemasyarakatan 220
Washington 218, 250
Wet OM-afdoening 73
whistleblower ix, 160, 185, 186, 188, 192
white collar crime 105
white-collar criminals 229
white hacking 134
Wilks 218, 222
William I 47
Wina 16, 110, 128

Y

Yasraf 124, 138
Yunani 127
yurisprudensi internasional 46

Z

Zeviar-geese 131

TETANG PENULIS

Septa Candra, S.H., M.H. adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta. Lahir di Kabupaten Mukomuko-Bengkulu, 10 September 1985. Selain itu juga aktif dalam beberapa organisasi, seperti MAHUPIKI(Masyarakat Hukum Pidana da Kriminologi), Majelis Hukum dan HAM Pimpinan Pusat Muhammadiyah, Lembaga Konsultasi dan Bantuan Hukum Universitas Muhammadiyah Jakarta.

Dr. Jan Crijns, adalah pengajar utama hukum pidana materiil dan hukum pidana Universitas Leiden, Belanda. Judul disertasinya adalah "De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het openbaar ministerie op het grensvlak van publiek-en privaatrecht (Kesepakatan dalam hukum pidana. Hubungan hukum dengan Kejaksaan di perbatasan antara hukum publik dengan hukum keperdataan). Ia sebagai Raadsheer-plaatsvervanger (penasihat-hukum pengganti) bekerja di Gerechtshof (pengadilan tinggi) 's-Hertogenbosch dan sebagai Rechter-plaatsvervanger (hakim pengganti) di rechtbank Haarlem (pengadilan tingkat pertama).

Prof. Dr. Paulus Hadisuprapto, S.H., M.H. Guru Besar Ilmu Hukum Universitas Diponegoro. Publikasi Ilmiahnya, antara lain, *Delinkueni anak, pemahaman dan penanggulangannya*, Malang: serasi 2010 dan *Kriminologi, Latar Sosial dan interlektualnya*, Malang: Serasi 2010.

Prof. Dr. Eddy O.S. Hiariej, S.H., M.Hum. adalah Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.

Prof. Dr. Constantijn Kelk dalam jangka waktu 1980 hingga 2008, tatkala beliau menjadi emiritus, adalah guru besar hukum pidana dan hukum penitensier dan bekerja pada Willem Pompe Institut untuk kajian hukum pidana di Universitas Utrecht, Belanda. Pada 1978 ia memperoleh gelar doktor ilmu hukum dengan disertasi berjudul: *Recht voor gedetineerden* (hukum untuk para narapidana/tahanan). Beliau juga menulis beberapa buku pegangan penting tentang hukum pidana. Ia juga memenuhi beberapa fungsi dalam praktik hukum pidana, antara lain, sebagai "Raadsheer-plaatsvervanger" (penasihat-hukum pengganti) di Gerechtshof (pengadilan tinggi) Amsterdam.

Kontributor

Prof. Dr. Joanne van der Leun adalah gurubesar kriminologi di Universitas Leiden, Belanda dan direktur pengembangan kriminologi. Minat dan pokok perhatian kajiannya adalah persoalan-persoalan kota-kota besar perihal kriminologi dan migrasi. Joanne van der Leun menulis dan memublikasikan artikel-artikel tentang migrasi nasional dan internasional (illegal) serta kriminalitas seputarnya, *human trafficking* (perdagangan manusia), permasalahan kota-kota besar, dan kebijakan (polisi).

Prof. Dr. Martin Moerings adalah gurubesar penologi di Universitas Leiden, Belanda. Disertasi doktoralnya membahas dampak sosial dari pidana penjara. Ia banyak menulis tentang aspek-aspek sosial dan yuridis, khususnya pidana penjara. Ia juga bekerja sebagai Rechterplaatsvervanger (hakim pengganti) di rechtbank (pengadilan tingkat pertama) Arnhem dan ketua dari De sectie gevageniswezen van de raad voor strafrechttoepassing en jeugdbescherming (seksi lembaga penjara dari dewan penerapan pidana dan perlindungan anak), organ penasihat di dalam Minister van veiligheid en justitie (Kementerian keamanan dan kehakiman, Belanda)

Siradj Okta, SH., LL.M. adalah dosen Fakultas Hukum Unika Atma Jaya, Jakarta, Indonesia untuk peminatan Hukum Pidana sekaligus sebagai Kepala Pusat Penelitian HIV-AIDS Unika Atma Jaya. Menyelesaikan S1 di Fakultas Hukum Unika Atma Jaya, Jakarta dan kemudian menyelesaikan program master di Utrecht Universiteit, Belanda pada tahun 2008 untuk bidang *International Law of Human Rights and Criminal Justice*.

Agustinus Pohan, S.H., M.S., Sarjana Hukum dari Universitas Padjadjaran Bandung dan Master of Science (*Justice Study*) dari Arizona State University. Sejak tahun 1984 mengajar di Universitas Katolik Parahyangan Bandung untuk matakuliah Hukum Pidana dan Acara Pidana. Mempunyai interes khusus dalam bidang hukum pidana anak dan saat ini aktif sebagai ketua bidang advokasi pada Lembaga Perlindungan Anak Jawa Barat.

Nella Sumika Putri, S.H., M.H. Pengajar Hukum Pidana, Perbandingan Hukum Pidana, Hukum HAM, Hukum Pidana Internasional, Mahkamah Pidana Internasional/ICC Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung.

Taufik Rachman, SH., LL.M. adalah dosen Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, Indonesia, Departemen Hukum Pidana, dengan spesialisasi pada Hukum Acara Pidana Indonesia dan Hukum Pidana Korupsi. Lahir di Surabaya tanggal 17 April 1980.

Kontributor

Umi Rozah, S.H. M.H., lahir di Pemalang, tanggal 27 Januari 1971, Jenjang pendidikan yang telah direngkuh S1 (FH-Undip), S2 (MIH Undip), dan S3 (Undip – belum selesai). Kini tercatat sebagai Dosen Tetap FH Universitas Diponegoro Semarang dan Dosen Luar Biasa Akademi Kepolisian RI.

Dr. Elfina L. Sahetapy, S.H., LL.M. Dosen Fakultas Hukum Universitas Surabaya; Pengasuh mata kuliah Hukum Pidana, Kriminologi Viktimologi dan Sistem Peradilan Anak. Saat ini menjabat Kepala Laboratorium Hukum Pidana 2010-2014 dan Ketua Kelompok Kerja Perlindungan Anak yang bergerak dalam bidang penelitian dengan fokus perlindungan terhadap hak anak maupun anak sebagai korban maupun pelaku tindak pidana.

Topo Santoso, S.H., M.H., Ph.D., lahir di Wonogiri, 5 Juli 1970, memperoleh gelar SH tahun 1992 (UI), MH tahun 2000 (UI), dan Ph.D. tahun 2009 di University of Malaya. Menjadi dosen di FH Universitas Indonesia tahun 1994 – sekarang. Ia mengikuti Academy of American and Internasional Law di Texas, Amerika Serikat (1995), Special Course di Harvard Law School (1996), dan menjadi Visiting Fellow di ASLI Institute, Singapore (2010). Saat ini dia menjadi Wakil Dekan di FH Universitas Indonesia, Jakarta.

Faizin Sulistio, S.H., M.H., Lahir di Tegal, 14 September 1978. Sekarang ini sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang, khususnya mata kuliah Hukum Pidana, Hukum Acara Pidana, dan Antropologi Hukum.

Dr. Jeroen ten Voorde adalah pengajar utama hukum pidana materiel dan hukum pidana prosesuil di Universitas Leiden. Ia menulis disertasi doktoral tentang faktor-faktor kultural dalam hukum pidana materiel dengan menggunakan pendekatan filsafat dan teori hukum pidana. Judul disertasinya ialah “Cultuur als verweer” (budaya sebagai pembelaan). Ia juga menjabat sebagai Rechter-plaatvervanger (hakim penganti) di rechtkbank (pengadilan tingkat pertama) Haarlem dan sebagai dosen/pengajar di Studiecentrum voor rechtspleging (pusat kajian implementasi/penegakan hukum).

Rusmilawati Windari, S.H., M.H., Lahir di Bangkalan, tanggal 21 September 1981. Lulusan pendidikan sarjana (S1) di Fakultas Hukum Unibraw, Malang (2003), dan Magister (S2) di MIH - UNDIP Semarang (2006). Sejak tahun 2005, bekerja sebagai staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo Madura.

